

ISBN: 978-85-61990-19-0

PRÊMIO

Victor Nunes Leal

2011



LUIZ EDUARDO ABREU
organização


Uniceub
Centro Universitário de Brasília

DIREITO

Luiz Eduardo Abreu
Organização

Prêmio Victor Nunes Leal 2011

O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB



Brasília - 2013

REITORIA**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

Pró-Reitora Acadêmica**Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

Coordenador do Curso de Direito

Roberto Freitas Filho

Projeto Gráfico

UniCEUB/ACC

Diagramação

Renovacio Criação

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Abreu, Luiz Eduardo (Org.)

Prêmio Victor Nunes Leal 2011: o melhor da produção acadêmica do curso de direito do UniCEUB / Organização Luiz Eduardo Abreu. – Brasília: UniCEUB, 2013.

193 p.

ISBN: 978-85-61990-19-0

1. Direito.

CDU 340

VENCEDORES DO PRÊMIO VICTOR NUNES LEAL

O prêmio Victor Nunes Leal foi criado para premiar, anualmente, as três melhores monografias da Graduação do Curso de Direito defendidas no ano anterior. As indicações são feitas pelos professores que participaram da Banca de Avaliação. Cada professor pode indicar somente uma monografia por ano. Em média, defendem-se de 800 a 1.100 monografias; e são indicadas aproximadamente 5% para concorrer ao prêmio. Uma comissão composta por professores doutores decide dentre as monografias indicadas, quais representam o melhor da pesquisa, da criatividade e dos princípios acadêmicos da Graduação do Curso de Direito do UniCEUB.

Neste volume: Prêmio 2011 (monografias defendidas em 2010)

1º Lugar: Daniel Vieira Bogéa Soares.

Tema: Ativismo judicial e democracia no Brasil: a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988 num contexto de judicialização da política. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2011: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*, Orientador: José Levi Mello do Amaral Junior. Brasília: UniCEUB. 2013.

2º Lugar: Fabíola Maria de Lima e Silva.

Tema: Para inocentar Capitu: crônica de uma trajetória processual. In: Luiz Eduardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2011: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*, Orientador: Luiz Patury Accioly Neto Brasília: UniCEUB. 2013.

3º Lugar: Julia de Miranda Menezes.

Tema: O Instituto do Jus Postulandi perante o TST e o julgamento dos E-AIRR e RR 85.581/03.5: um estudo de caso Brasília: UniCEUB. 2013. In: Luiz Edu-

ardo Abreu (org.). *Prêmio Victor Nunes Leal 2011: O melhor da produção acadêmica do Curso de Direito do UniCEUB*, Orientador: Fernando Hugo Rabello Miranda. Brasília: UniCEUB. 2013,

Prêmio 2010 (monografias defendidas em 2009)

1º Lugar: Hercílio Luiz Tavares Junior.

Tema: O que não está nos autos, não está no mundo...: A diversidade da interpretação da verdade formal no controle do reexame de provas em recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça. *Universitas JUS*, Orientador: Dilnei Giseli Lorenzi. Brasília, v. 22, n.1, p. 1-111, jan./jun. 2011 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1389/1201>

2º Lugar: Isabela Maia Mesquita Martins.

Tema: O indivíduo na condição de sujeito ativo e passivo do direito internacional contemporâneo. *Universitas JUS*, Orientador: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros. Brasília, v. 22, n.1, p. 113-406, jan./jun. 2011 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1384/1202>

3º Lugar: Marcelo Bulhões dos Santos.

Tema: O princípio da igualdade no direito islâmico. *Universitas JUS*, Orientadora: Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi Apolinário. Brasília, v. 22, n.1, p. 407-484, jan./jun. 2011 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1383/1208>

Prêmio 2009 (monografias defendidas em 2008)

1º lugar: Ana Paula Pinto Damasceno.

Tema: As representações sociais do usuário de maconha sob a política da segurança nacional nas décadas de 60/70. *Universitas JUS*, Orientador: Renê Marc. Brasília, n. 20, p. 1-85, jan./jun. 2010 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1233/1053>

2º lugar: Nely Vianna Kauffmann do Nascimento.

Tema: O discurso do afeto. *Universitas JUS*, Orientador: Luiz Patury. Brasília, n. 20, p. 86-144, jan./jun. 2010 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1234/1052>

3º lugar: Luiz Figueira Cardoso.

Tema: O ditame dos prudentes: o papel da história do direito na doutrina processual civil contemporânea. *Universitas JUS*, Orientadora: Bistra Stefanova Apostolova. Brasília, n. 20, p. 145-248, jan./jun. 2010 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/1218/1054>

Prêmio 2008 (monografias defendidas em 2007)

1º lugar: Graziela Galdino de Moraes.

Tema: Uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. *Universitas JUS*, Orientadora: Aline Albuquerque. Brasília, n. 18, p. 1-79, jan./jun. 2009 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/733/642>

2º lugar: Fábio Vasconcelos Braga.

Tema: Categorização dos conflitos sociais no Recanto das Emas: um primeiro passo para a prevenção de homicídios. *Universitas JUS*, Orientadora: Cristina Zackseski. Brasília, n. 18, p. 79-118, jan./jun. 2009 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/731/643>

3º lugar: Wellington Holanda Moraes Junior.

Tema: Se o meu fato falasse: um olhar etnográfico sobre a construção dos fatos na audiência trabalhista. *Universitas JUS*, Orientador: Luiz Eduardo Abreu. Brasília, n. 18, p. 119-216, jan./jun. 2009 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/732/644>

Prêmio 2007 (monografias defendidas em 2006)

1º lugar: Cláudia Helena de Campos e Silva.

Tema: O Estado em Habermas e Pontes de Miranda. *Universitas Jus*, Orientador: Luiz Eduardo Abreu. Brasília, n.13/14, p. 8-42, jan./dez. 2007 disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/453/306>

2º lugar: João Marcos Amaral.

Tema: Vinculação da união à norma geral: uma análise à luz da doutrina de Hans Kelsen. *Universitas Jus*, Orientador: José Levi Mello do Amaral Jr. Brasília, n. 13/14, p. 43-93, jan./dez. 2007 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/454/302>

2º lugar: Paula Farani Azevedo.

Tema: Uma etnografia do algodão: estudo etnográfico sobre o “caso do algodão” na OMC. *Universitas Jus*, Orientador: Luiz Eduardo Abreu. Brasília, n.13/14, p. 94-146, jan./dez. 2007 Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/Jus/article/view/455/303>

APRESENTAÇÃO 1

LUIZ EDUARDO ABREU

INTRODUÇÃO 5

JEFFERSON CARÚS GUEDES

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA NO BRASIL:

A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988 NUM
CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA..... 15

DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES

PARA INOCENTAR CAPITU:

A CRÔNICA DE UMA TRAJETÓRIA PROCESSUAL..... 93

FABÍOLA MARIA DE LIMA E SILVA

O INSTITUTO DO JUS POSTULANDI PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O JULGAMENTO DOS E-AIRR E RR

Nº 85.581/03.5: UM ESTUDO DE CASO 145

JÚLIA DE MIRANDA MENEZES

APRESENTAÇÃO

Luiz Eduardo Abreu

Por que chamar o prêmio de Victor Nunes Leal? Por duas razões. A primeira delas é que Victor Nunes Leal foi professor do Curso de Direito do então CEUB — que, mais tarde, com a transformação em centro universitário, passou a chamar-se UniCEUB. A segunda é que, na figura de Victor Nunes, reúnem-se qualidades e possibilidades que gostaríamos de ver no direito de hoje. Victor Nunes foi um jurista de sucesso. Das suas múltiplas realizações, basta mencionar o fato de que ele foi ministro do Supremo Tribunal Federal de 26 de novembro de 1960 a 5 de fevereiro de 1969, quando foi aposentado pelo Ato Institucional nº 5. Mas, além disso, ele também retinha uma preocupação importante dos nossos juristas mais antigos (como José Paulino Soares de Souza e Oliveira Vianna) para os quais pensar o direito significa também pensar o Brasil e somente em relação àquilo que era o Brasil seria possível dar sentido ao próprio direito. E nisto ele também foi muito bem sucedido. Victor Nunes escreveu o que muitos, dentre os quais me incluo, consideram como o melhor livro de sociologia do Brasil. Trata-se do livro *Coronelismo, enxada e voto* [Leal, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto. O Município e o Regime Representativo no Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1948.] que continua até os dias de hoje como um marco importante — até mesmo, a depender do assunto, central — para se pensar o que faz do Brasil o Brasil. Nomear o nosso prêmio de Victor Nunes Leal representa, portanto, mirar naquilo que o pensamento a partir do direito pode ser, se realizadas as suas mais promissoras possibilidades.

O prêmio foi criado em 2007, por sugestão do professor Roger Stiefelmann Leal. A ideia é premiar as três melhores monografias de graduação, defendidas no ano anterior. Para se ter uma ideia do que exatamente isso significa é preciso examinar as condições de produção destas monografias. E nada melhor do que os números globais deste esforço. No curso de direito do UniCEUB, o aluno

elabora a sua monografia de fim curso durante três semestres. No primeiro, ele elabora um projeto; nos dois outros, ele desenvolve a pesquisa, escreve e defende a monografia perante uma banca formada por três professores: dois avaliadores e o seu orientador. E, durante o ano, são entre 850 a 1.100 bancas. A variação dos números depende do semestre (no primeiro semestre do ano são menos monografias), das taxas de reprovação (entre 20 a 30%) e dos mecanismos de controle das orientações (registro dos atendimentos, mínimo de encontros, páginas produzidas etc.). Em 2010, foram matriculados 1.131 alunos no último semestre de monografia. Destes defenderam 866 (76,5%) e foram reprovados 265 (23,5%). Dos reprovados, a maioria foi por não ter conseguido depositar a monografia, quer dizer que, por alguma razão, o professor orientador ou, às vezes, o próprio aluno considerou que o trabalho ainda não estava pronto para ser apresentado à banca. Das monografias defendidas, aproximadamente 30% são indicadas para o repositório institucional (e estão disponíveis para consulta pela internet) e menos de 5%, para concorrer ao prêmio.

As regras de indicação para concorrer ao prêmio são bastante estritas. Cada professor pode indicar uma monografia por ano *de um aluno que não tenha sido orientado por ele* para concorrer ao prêmio. São aproximadamente 80 professores orientadores (o número varia um pouco de semestre a semestre). E as indicações estão em torno de 30 monografias. As monografias são, então, avaliadas por banca composta predominantemente por professores doutores que escolhe as três melhores. Temos tido a preocupação de, na medida do possível, convidar professores externos para participar da escolha. É difícil ganhar o prêmio.

Como o leitor já percebeu, as monografias no Curso de Direito do Uni-CEUB representam um universo à parte. De nosso conhecimento, não há, no Brasil, outro esforço que a ele se assemelhe. Com efeito, conseguimos algo bastante difícil que é conciliar um ensino de massas com a preocupação centrada na qualidade. O objetivo pedagógico de um trabalho de fim de curso (TCC) não é produzir monografias brilhantes, mas, a partir delas, desenvolver no aluno habilidades que sejam importantes para sua vida profissional. Nosso negócio não é produzir as melhores monografias, mas ensinar alunos a partir delas. Contudo, graças à seriedade do trabalho do nosso corpo docente e ao empenho do corpo discente, o fato é que produzimos trabalhos muito bons. Alguns deles estão vinculados às linhas de pesquisa dos orientadores; outros representam o esforço individual que o aluno desenvolve em diálogo com o seu orientador. É assim em

qualquer bom programa de pós-graduação — e apesar de este ser um esforço de graduação a comparação nos parece apropriada. Aliás, algumas das monografias ganhadoras participam também das linhas de pesquisa do mestrado, na medida em que seus orientadores são também professores do mestrado e do doutorado em direito UniCEUB.

As monografias vencedoras têm mostrado uma ampla variedade de temas e abordagens metodológicas, como nas monografias apresentadas neste volume. A multiplicidade dos temas ganhadores não implica em uma incoerência das linhas de pesquisa do curso. A variedade quer dizer algo bem diferente. Ela representa a pluralidade das possibilidades que o nosso curso oferece. Há de tudo. Monografias que reproduzem o modelo mais tradicional no direito. Monografias que se debruçam sobre as questões filosóficas as mais variadas (e não apenas de filosofia do direito). Monografias sobre direito e literatura. Monografias sobre estudos de caso. Monografias de cunho mais sociológico. Monografias que estudam questões prementes para o contexto atual da prática jurídica. Monografias, enfim, dos mais variados tipos, abordagens e preocupações. Por evidente, as monografias ganhadoras são uma fração destas possibilidades, mas, de todo jeito, uma fração significativa. Elas não necessariamente representam o que são os alunos e o esforço de escrever uma monografia, mas aquilo que os alunos podem ser se incentivados a levar o mais longe possível as suas próprias possibilidades.

Luiz Eduardo Abreu

INTRODUÇÃO

Jefferson Carús Guedes

A escolha do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - por VICTOR NUNES LEAL, como homenageado que dá nome ao Prêmio para as melhores monografias da Graduação no Curso de Direito é a mais justa possível.

VICTOR NUNES LEAL

Jurista já consagrado e ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal lecionou Direito Constitucional no UniCEUB no ano de 1968.

Foi um analista independente e um pensador autodidata da Ciência Política brasileira.

Victor Nunes Leal tem sido lembrado, principalmente após a redemocratização nos anos de 1980, sem que seu nome soe ainda suficientemente natural às novas gerações de estudantes e bacharéis em Direito. Em contrapartida, tem melhor recordação e memória na Ciência Política, Ciências Sociais, Antropologia e História.

Por essas e por outras razões é necessário lembrá-lo, trazê-lo outra vez ao proscênio, ler e reler suas obras, reestudar suas propostas, rever suas críticas, reinterpretar suas ideias e perceber o quão se mantêm atuais ou como ainda estão tristemente vivas.

Antes de ser Consultor Geral da República, Chefe da Casa Civil de Juscelino Kubitschek e de integrar do Supremo Tribunal Federal – donde, ao fim, foi

aposentado compulsoriamente pelo Governo Militar em 1969¹ -, Victor Nunes Leal cumpriu todos os passos que ainda agora são comuns a muitos estudantes de Direito. Mudou-se do interior de Minas Gerais para o Rio de Janeiro e foi residir na casa de um amigo de seu pai, o processualista Pedro Batista Martins, autor do anteprojeto do CPC de 1939. No escritório desse consagrado estudioso do Processo Civil foi inicialmente estagiário, mantendo, durante o período de estudos universitários, também uma larga atividade de jornalista.²

Bacharelou-se em Direito em 1936, aos 22 anos, na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, curso resultante da fusão de duas Faculdades Livres existentes anteriormente na capital federal. Recém formado, permaneceu como advogado no escritório de Pedro Batista Martins e como redator da Editora Forense. Entre 1939 e 1943 trabalhou no Ministério da Educação e Saúde inicialmente como Oficial de Gabinete do ministro com Gustavo Capanema e, depois, como Diretor do Serviço de Documentação.

A advocacia exercida logo após a formatura foi reduzida com o ingresso no magistério superior e desapareceu durante os anos de exercício da chefia da Casa Civil e com o cargo de Ministro do STF. Só voltaria à atividade forense após a aposentadoria compulsória e nela se manteria de forma intensa até a morte. A pesquisa jurídica³ e a produção de artigos preservou desde a fase universitária até o final da vida profissional, como demonstram dezenas de artigos, conferências e outros trabalhos esparsos.

Torna-se professor por concurso em 1943 na Faculdade Nacional de Filosofia. Seu trabalho mais notável, *O Município e o Regime Representativo no Brasil: Contribuição ao Estudo do Coronelismo*, surgiu como tese de cátedra para esse concurso na Cadeira de Política da Faculdade Nacional de Filosofia.⁴ A pesquisa cuidadosamente desenvolvida para o embate com banca de exames durou mais de três anos, conforme seu próprio relato. Nessa obra o pesquisador parte

¹ Os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva foram aposentados compulsoriamente em 16 de janeiro de 1969, por força do Ato Institucional n. 5 (AI-5).

² Foi redator d'O Jornal, Diário da Noite, Diário de Notícias, O Diário (Santos) e redator da Agência Meridional, Agência Nacional e Rádio Tupi.

³ Victor Nunes Leal colaborou diretamente com Pedro Batista Martins na elaboração do anteprojeto do CPC que se tornaria o Código unificado de 1939, constando seu nome ao lado do processualista nos Comentários ao Código, lançados em 1939, quando tinha apenas 25 anos.

⁴ A tese foi inicialmente publicada com esse título, edição produzida na Forense, para o concurso e depois, publicada como livro com o título de *Coronelismo, enxada e voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*.

estrategicamente de uma experiência local, circunscrita às pequenas povoações do interior, os municípios, para descrever os coronéis e suas relações sociais, políticas e econômicas.

O que faz Victor Nunes Leal em *Coronelismo, enxada e voto* é descrever as relações políticas que vira e vivera em sua cidade natal, Carangola-MG,⁵ entendendo a interpretação para a universalidade das relações políticas brasileiras, defeituosas quanto ao modo de representação dos entes federativos.

Hábil, sua tese preparada para o exame de cátedra não polemiza com nenhuma outra ou com qualquer autor, pelo menos abertamente. O trabalho examina, com olhar crítico, o nascente federalismo brasileiro, surgido com a República, expondo uma relação entre União, Estados e o coronel no Município que, na troca de favores com o Poder Público, impedia a distinção entre interesses privados e públicos. Nesse trabalho, o autor cumpre com uma prescrição clássica quando, ao descrever a sua aldeia, se torna universal.

A obra,⁶ recentemente reeditada,⁷ é tida como um marco divisório na Ciência Política brasileira, foi traduzido para o inglês, pela *Cambridge University Press*, para a *Série Estudos Latino-Americanos*, no ano de 1977, a pedido do professor Malcom Deas.⁸

O caráter acadêmico dessa pesquisa é também uma razão especial para a atribuição do nome de Victor Nunes Leal ao Prêmio de Monografias, incumbência comum aos cursos de grau, mas inexistente até cerca de 20 anos atrás.

⁵ Raul Machado Horta, o mais produtivo analista jurídico brasileiro sobre o Federalismo, afirma que a atração de Victor Nunes Leal pelo *coronelismo* se deve às lembranças de infância na Zona da Mata Mineira, fixadas no fundo de sua consciência.

⁶ A edição da Tese de Cátedra (1948) e a primeira edição comercial sob a forma de livro é são da Editora Forense (1949); a segunda edição (1975), terceira edição (1976), quarta edição (1978) quinta edição (1986), sexta edição (1993), todas da Editora Alpha-Ômega. Há contudo, referências a uma sexta edição (1997) da Editora Nova Fronteira.

⁷ *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil* foi recentemente publicado pela Companhia das Letras, em sua sétima edição, com *Prefácio* do historiador José Murilo de Carvalho, autor do *verbete* *Coronelismo*, para o Dicionário Histórico-Geográfico Brasileiro, editado em 1984 pelo CPDOC, trabalho que o prefaciador somente aceitou após sucessivos convites e a rejeição de Victor Nunes Leal.

⁸ A edição feita a pedido do professor Malcom Deas, para a *Série Estudos Latino-Americanos*, foi traduzida por June Henfrey, sob o título *Coronelismo: the municipality and representative Government in Brazil*.

A PESQUISA E A PRODUÇÃO DE TEXTOS DA PESQUISA JURÍDICA

A pesquisa e a produção de textos jurídicos estão hoje associadas aos graus e títulos acadêmicos, sendo basicamente a monografia, dissertação e tese, conforme sejam os degraus de graduação, mestrado e doutorado.

Desde a escolha de um tema até a defesa em uma banca final há um longo e penoso caminho a ser percorrido

Observada essa escala as agruras⁹ são as mesmas, embora as proporções se ampliem nos cursos de pós-graduação estrito senso, mas já quando o estudante possui experiências anteriores conquistadas no primeiro degrau da escada.

Enquanto pesquisa científica no campo jurídico ela deve estar voltada para a produção de um texto que se defronta com um problema central e tem como resultado uma resposta. Dentre suas etapas devem estar a captação, o registro e a busca dessas informações registradas. Ao fim dessa sucessão de atos o pesquisador submete sua pesquisa ao escrutínio, à arguição de um grupo de examinadores, capazes de aferir a validade de suas conclusões.

Desde a definição inicial do tema, que, em si, possui uma série de dificuldades, até a etapa final de defesa contam-se horas, dias, semanas, meses ou mesmo anos de trabalho contínuo ou não, necessários à ordenação de um objeto de pesquisa.

O professor Américo Plá Rodriguez, ao descrever os momentos iniciais da pesquisa, caracterizados pela escolha do tema, comparava-o com a crise inicial dos encantamentos amorosos, afirmando que deve haver entre o pesquisador e seu assunto a *flechada do amor*. Se ela não ocorrer, melhor que se mude de tema ou de amor.

Neste estado de *guerra amorosa* constante se encontram nossas centenas de alunos de Graduação em Direito. Todos buscam um par perfeito, um tema ideal, que lhes dê tranquilidade na relação e gere bons e vigorosos frutos.

⁹ A expressão *agruras* é de Victor Nunes Leal em relação aos três anos em que passou preparando sua tese de cátedra para concurso na Cadeira de Política da Faculdade Nacional de Filosofia.

A GRADUAÇÃO EM DIREITO E A MONOGRAFIA NO UNICEUB

Introduzida nos anos 1990 como uma exigência à conclusão do Curso de Direito, a monografia final tem proporcionado experiências muito ricas de pesquisa numa área das Ciências Sociais Aplicadas que relutava em integrar-se ao universo da pesquisa acadêmica. Desde então é comum verem-se professores orientadores e alunos nos embates de adaptação da linguagem forense para a comunicação mais ampla, com um leitor universal. De modo similar, o texto da monografia jurídica precisa ser adaptado às estritas normas brasileiras (NBR) da Associação Brasileira de Normas Técnicas –ABNT – às vezes de difícil *palatabilidade*.

Nesses vinte anos o quadro se tem alterado drasticamente, com a criação das unidades específicas em cada instituição para o acompanhamento da pesquisa dos alunos, para a orientação, correção e para defesas. Esse trabalho é monumental ou proporcionalmente grande em instituições pequenas ou não. Nele está envolvido um contingente de auxiliares, professores orientadores, revisores, examinadores e uma complexa rede de registros acadêmicos.

No UniCEUB essa imensa tarefa está a cargo do Núcleo de Pesquisa e Monografia – NPM -, dirigido pelo Prof. Dr. Luiz Eduardo Abreu, Antropólogo consagrado com os títulos acadêmicos, que usa toda a sua ciência e boas doses de paciência para manter atraente e aprazível um trabalho que tem componentes quase paradoxais: o aluno monografista que precisa escrever individualmente, num esforço quase solitário, mas necessita ser orientado por um professor a descobrir quais são suas questões (problema) e quais são suas possíveis respostas (hipótese) para, ao fim, apresentar um trabalho com partes conexas, coerente e que lhe tenha servido como experiência acadêmica de pesquisa. Isto não é pouco.

Ao lado dessas duas atividades de aluno-orientando e de professor-orientador está a de supervisão do Núcleo de Pesquisa e Monografia, que deve prover os meios, dispor os ambientes, organizar os materiais e preservar a memória acadêmica e institucional.

Tal ambiente deve ser saudável, numa instituição que mantém 7.000 (sete mil) alunos matriculados, gera aproximadamente 500 (quinhentas) monografias por semestre ou 1.000 (mil) por ano.

Desse universo são *mineradas* as monografias que devem merecer o Prêmio Victor Nunes Leal.

AS MONOGRAFIAS ESCOLHIDAS PARA O PRÊMIO VICTOR NUNES LEAL 2010

Três foram as monografias ao final escolhidas para o Prêmio Victor Nunes Leal, após longo e trabalhoso processo de seleção.

O processo de seleção se inicia pela indicação ao Prêmio Victor Nunes Leal, destaque feito pelas Bancas de Professores Examinadores durante o exame final da monografia; este é o primeiro passo nesse processo. Após isso, o NPM reúne todas as monografias indicadas e seleciona nova Comissão de Professores¹⁰ que possui a meticulosa missão de reler os trabalhos e selecionar novo grupo de trabalhos classificados como finalistas. Do grupo final são retiradas as monografias que mais se destacam, os melhores e mais vigorosos frutos, para a premiação merecida.

O resultado proclamado pelo Presidente da Comissão, Prof. Ms. e Doutorando, Eliardo Teles, para o ano de 2010 teve a seguinte classificação:

Primeiro Lugar:

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA NO BRASIL: a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988 num contexto de judicialização da política. DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES;

Segundo Lugar:

PARA INOCENTAR CAPITU: a crônica de uma trajetória processual. FABÍOLA MARIA DE LIMA E SILVA;

Terceiro Lugar:

O INSTITUTO DO JUS POSTULANDI PERANTE O TST E O JULGAMENTO DOS E-AIRR E RR 85.581-03-5: um estudo de caso. JULIA DE MIRANDA MENEZES.

¹⁰ Integraram a Comissão de Professores para a Seleção do Prêmio Victor Nunes Leal – 2010 os professores Álvaro Luis de Araujo Sales Ciarlini, Alice Rocha da Silva, Eliardo Teles.

São três trabalhos muito diferentes sob muitos aspectos e expressam a variedade de formas e de abordagens possíveis no ambiente acadêmico atual, a amplitude de fontes e a diversidade de conclusões que se pode obter na pesquisa jurídica.

Dois trabalhos estudam casos específicos, o *primeiro* deles voltado a recursos muito específicos da Justiça do Trabalho e ao debate da legitimidade da parte de se fazer representar a si mesma, diretamente ou sem advogado, junto aos tribunais superiores; o *segundo* também estuda um caso, desta vez na matéria criminal que tanto atrai os alunos de graduação, mas no qual se vinculam o caso concreto com um ‘modelo literário’ genuíno do Modernismo Brasileiro, o romance *Capitu*, de Machado de Assis e; o *terceiro*, como primeiro colocado, um trabalho que aponta para as mais altas indagações atuais do Direito Constitucional e sobre as limitações do juiz constitucional na intervenção em matérias da Administração e da divisão de Poderes, tudo a partir do exame da jurisprudência do STF.

Nenhum deles é puramente dogmático, como costuma ser a maioria dos trabalhos de conclusão; nenhum aborda o Direito Civil e o Direito Processual Civil, campos que se mantêm como destino da maioria dos profissionais do Direito no Brasil.

Essas escolhas refletem o fato de os trabalhos premiados serem os melhores ao exame dos critérios pretendidos pela Instituição e buscados no processo seletivo. Os critérios para as etapas sucessivas da seleção são variadas, mas incluem principalmente a qualidade textual, a capacidade de propor um problema e respondê-lo com hipóteses contestáveis, o interesse social e a atualidade.

Cada um, ao seu modo, possui virtudes que devem inspirar outros trabalhos, conforme se pode ver nas breves notas que vão a seguir:

- **ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA NO BRASIL:** a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988 num contexto de judicialização da política, de DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES, é um trabalho denso, no qual se evidencia a orientação do Professor José Levi Mello Amaral Junior desde a escolha do tema até a bibliografia estrangeira. O autor conclui que o ativismo é elemento de deslegitimação da jurisdição constitucional, rompendo os limites do aceitável.
- **PARA INOCENTAR CAPITU:** a crônica de uma trajetória processual, de FABÍOLA MARIA DE LIMA E SILVA, é um trabalho leve, no qual se nota a orientação multidisciplinar do Professor Luiz Patury Accioly

Neto, Sociólogo, que faz aproximarem-se a Literatura e o Direito, sem sobressaltos. A linguagem e o tom coloquial da narrativa em primeira pessoa desafiam o sisudo ambiente do Direito a admitir outros olhares sobre os fenômenos da vida que são sociais, psicológicos e humanos antes de serem jurídicos.

- O INSTITUTO DO JUS POSTULANDI PERANTE O TST E O JULGAMENTO DOS E-AIRR E RR 85.581-03-5: um estudo de caso, de JULIA DE MIRANDA MENEZES, é um trabalho técnico, com a precisa orientação do Professor Fernando Hugo Rabello Miranda. O estudo demonstra a essencialidade da defesa técnica na Justiça Trabalhista e examina a nova limitação à capacidade postulatória dada pelo TST, que exige a presença de advogado neste tribunal expondo as consequências dessa vedação da autodefesa, com a qual se defronta o trabalho.

Descritos os premiados, voltemos ao homenageado que dá o nome ao Prêmio.

COMO VALE A PENA RECORDAR VICTOR NUNES LEAL

Há ainda muito a ser visto e descoberto sobre a obra de Victor Nunes Leal.

Cito apenas dois exemplos de seus mais de quarenta artigos. Deixo de lado os livros, as apostilas de aula, os discursos e outros textos.

Prendo-me a dois artigos que tratam de temas de absoluta atualidade, que são a arguição de relevância, agora dita *repercussão geral* e as *súmulas* e seus efeitos:

Aspectos da reforma judiciária, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, v.2, n. 7, em set. de 1965, aborda dois temas polêmicos à época, a *ampliação do número de juízes no STF* e o *filtro da arguição de relevância*. Ambas tinham um senso de oportunidade e razões políticas muito nítidas no início do governo dos militares. Victor Nunes Leal se opunha, como muitos ministros, à primeira proposta para desafogar o STF. Com a arguição de relevância o autor concordava, ciente que se deixasse ao exame do STF, como no modelo norte-americano, apenas os processos que tivessem interesse público, assim entendidas as matérias transcendentais ao direito das partes. Num dos trechos desse artigo, também de extrema atualidade o autor afirmava que “o car-

go de Ministro do Supremo Tribunal Federal tem tal magnitude, e envolve de tal modo a responsabilidade do seu ocupante perante a Nação e a História, que nenhum Presidente condiciona sua escolha a um prévio compromisso, ainda que tácito, de que o nomeado decida de tal ou qual modo.”

Passado e futuro da súmula do STF, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, n. 145. v.145, p. 1-20, jul./set. 1981,¹¹ é originalmente o texto de discurso proferido no Instituto dos Advogados de Santa Catarina, em 04-09-1980, que descreve a finalidade da *Súmula da Jurisprudência do STF* e a visão do autor sobre este ‘método de trabalho’ destinado a ‘melhor ordenar e facilitar a tarefa judicante’, seu caráter prevalente sobre as decisões futuras, sua eficácia limitada mas o ideal de meio termo, ou seja, posicionando-se entre a dureza dos assentos da Casa de Suplicação e a inoperância dos prejudgados do CPC de 1939.

Esses dois textos devem ser lidos e relidos nos dias em que se pretende, pelo Projeto do novo CPC em tramitação final na Câmara de Deputados, atribuir força vinculante aos precedentes.

Por tudo isso o UniCEUB mais uma vez acerta em prestar esta homenagem a VICTOR NUNES LEAL que ao mesmo tempo homenageia aos alunos que recebem o PRÊMIO VICTOR NUNES LEAL.

E, num efeito reflexo da decisão editorial de antepor esta introdução, honra a mim que entre tantos mais capazes, fui chamado a escrevê-la.

Jefferson Carús Guedes

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado do UniCEUB (Brasília)
Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Advogado da União

¹¹ Este artigo está publicado em outros periódicos: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.70, nº 553, p. 287-299, nov. de 1981; *Ajuris*, v.9, nº 25, p. 46-67, jul. de 1982; *Problemas de direito público e outros problemas*, v.2.

DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA NO BRASIL: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988 NUM CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Monografia apresentada como requisito de
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador:
José Levi Mello do Amaral Júnior

Aos meus pais.

Agradecimentos especiais ao orientador deste trabalho, Professor José Levi Mello do Amaral Júnior, que há algum tempo me auxilia, com presteza, a percorrer os caminhos do Direito Constitucional.

RESUMO

A intenção de pesquisa concentra-se na análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir de trabalhos que constataram a existência de um processo denominado judicialização da política, pretende-se tomar o contexto brasileiro como objeto de estudo para avaliar a forma pela qual tal movimento tomou corpo no direito pátrio e se manifestou na mais alta corte do país. O intuito do trabalho é fazer uma análise qualitativa de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, de forma a identificar e caracterizar a presença de um suposto ativismo em sua atuação. Para tanto, foi realizada revisão bibliográfica da literatura correspondente ao assunto, tanto no Direito Constitucional e na Teoria do Direito, quanto na Ciência Política. Ademais, foi feita uma análise histórica em torno do advento do fenômeno do ativismo judicial, tendo como base o estudo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Por derradeiro, foram selecionados *hard cases* da mais alta corte judicial brasileira para se compreender em que estágio se encontra tal fenômeno no país e quais suas implicações para a separação de poderes.

Palavras-chave: *judicialização da política; ativismo judicial; democracia; controle de constitucionalidade; STF; separação de poderes.*

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal é uma corte política.¹ Como última instância do Poder Judiciário, tem importância fundamental no arranjo institucional brasileiro e sua atuação tem consequências significativas sobre o funcionamento da democracia no país. Como detentor da última palavra em conflitos que envolvem direitos, assume a tarefa de guardião da Constituição, sobrepondo-se tanto aos demais Poderes da República, quanto à vontade popular manifestada por meio de procedimentos democráticos, sempre que assim julgar necessário para a manutenção da unidade política e de valores fundamentais consubstanciados na Carta Magna.

Hodiernamente, o relevo alcançado pela mais alta corte brasileira é evidente não apenas àqueles que compõem a restrita comunidade jurídica do país. Não mais se pode alegar que o Supremo é ignorado pela sociedade, um órgão desconhecido², como em décadas passadas. Vivemos num tempo em que ministros e ministros do Supremo participam de debates acalorados, são alvos de protestos e manifestações populares, expõem publicamente posicionamentos em relação a questões eminentemente políticas, ocupam capas de revistas semanais

¹ Como já observara Carl Schmitt, em obra publicada em 1928, “[...] the type of law court that decides all disputes of constitutional interpretation would, in fact, be a high political institution.” SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 164.

² Em obra seminal, Aliomar Baleeiro, que ocupou o cargo de Ministro da Suprema Corte, destacou o contraste entre a importância do STF na história política brasileira e a falta de conhecimento sobre este órgão, que marcou tempos não muito distantes. Ver: BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

de grande circulação e são entrevistados por telejornais, decidem casos que tem impacto direto sobre toda a vida social e econômica do país.³

O Judiciário brasileiro assumiu uma postura ativa. Não mais preso à passividade do legislador negativo teorizado por Hans Kelsen. Esse ativismo, no entanto, não pode ser interpretado como simples decorrência das intenções de juízes que ocupam o alto escalão judicial. Não se pode reputar esta transformação institucional à vontade individual de alguns em tomar para si parcelas significativas de poder do Estado. Antes, deve-se levar em conta o contexto social e político no qual emergem tais mudanças. Não por outro motivo, este é um processo de dimensões globais, não se limitando à experiência brasileira.⁴

A denominada judicialização da política seria consequência de um processo desencadeado pela insuficiência do Estado Liberal e teria adquirido concretude no Brasil a partir da Constituição de 1988, que conferiu nova alçada ao Judiciário. Nesse sentido, a primeira hipótese de pesquisa é de que o ativismo judicial estaria fundado no corpo do texto constitucional e reflete uma tentativa deliberada do legislador constituinte em reforçar e conferir efetividade a direitos que antes eram deixados de lado. Assim, o ativismo estaria alicerçado na vontade do legislador.

Todavia, entende-se que tal hipótese não esgota o conteúdo explicativo do objeto de estudo. Uma segunda hipótese é de que o ativismo observado no contexto brasileiro, antes de afirmar uma postura de efetivação de direitos humanos e fundamentais, estaria estreitamente relacionado a uma tentativa de afirmação de poder político por parte das cortes judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, face aos demais Poderes. Cite-se, dentre outras circunstâncias, a tentativa de associação da imagem da Suprema Corte à idéia de casa do povo, posicionando-se como último bastião dos direitos dos cidadãos, em oposição à noção de judiciário inerte e inatingível.

³ Como observa Oscar Vilhena Vieira, “Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela ‘TV Justiça’ ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 442.

⁴ Sobre o assunto, ver: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

Para que possam ser testadas as hipóteses propostas, a pesquisa irá se ocupar da literatura contemporânea e clássica sobre o tema, inclusive a partir de uma análise comparativa. Em fase posterior, será feita a seleção e exame de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal que obtiveram grande repercussão ao formar ou reformar entendimentos jurisprudenciais, buscando-se elementos que possam configurar as características do ativismo judicial apontado tanto pelo discurso público como em diálogos acadêmicos.

Assim, um entendimento apurado em torno da tendência contemporânea de projeção judicial carece de um esforço de pesquisa histórica, bem como da análise cuidadosa da postura dos juízes em face de questões políticas e de suas relações com os demais Poderes. A fim de se alcançar alguma consistência empírica, dividiu-se este trabalho em quatro partes, as quais buscam abarcar aspectos relevantes da origem, desenvolvimento e situação atual da proeminência do Judiciário, bem como traçar apontamentos em torno de possibilidades futuras.

A primeira parte do trabalho busca situar a problemática dos tribunais no constitucionalismo democrático contemporâneo. Parte-se da difícil conceituação do termo democracia constitucional. Em seguida, serão contrapostas duas perspectivas diametralmente opostas em relação ao exercício do controle de constitucionalidade. A disputa entre Hans Kelsen, defensor do método de revisão judicial por meio de uma corte constitucional, e Carl Schmitt, para quem o chefe do Poder Executivo deveria ser encarregado desta tarefa, assentou as bases para o debate ao longo dos anos. Por fim, será exposto um fragmento do panorama atual das contribuições intelectuais, tanto da academia brasileira quanto de pensadores estrangeiros, acerca da questão da legitimidade da jurisdição constitucional.

Numa segunda parte, serão abordados aspectos atinentes à proeminência do Judiciário nas democracias contemporâneas. A partir do trabalho de cientistas políticos e juristas, buscar-se-á uma abordagem sócio-jurídica e interdisciplinar em torno da expansão global do poder judicial. Aqui, será delineado o conceito de judicialização da política, o qual fornece possibilidades de aplicação aos diferentes contextos que constituem objeto de estudo da pesquisa. Apresentando como marco teórico a obra do constitucionalista italiano Mauro Cappelletti ⁵, será discutido o nível de criatividade da atividade judicial, desenvolvendo

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

o questionamento em torno do papel legislativo dos juízes. Neste ponto, haverá de ser feita uma distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, estabelecendo-se para este último termo um conceito que balizará a análise jurisprudencial.

Concertados os fundamentos teóricos, a terceira parte se ocupará das origens históricas do controle jurisdicional de constitucionalidade. Para tanto, será resgatada a decisão de 1803 em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou o papel desta instituição no exercício da revisão judicial (caso *Marbury v. Madison*). Em seguida, uma breve análise histórica da mais alta corte estadunidense buscará detectar sinais de ativismo em sua atuação, abordando casos que marcaram as diferentes composições do tribunal. Ainda neste capítulo, a experiência brasileira será explicitada, retomando passagens que foram decisivas para a ascensão do Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional do país e as particularidades que marcaram a adoção do controle de constitucionalidade em nossa federação.

Por derradeiro, o quarto capítulo buscará detectar em decisões recentes do Pretório Excelso um suposto ativismo em sua atuação. Será dada especial atenção aos aspectos que possam sinalizar a existência de um ativismo judicial à brasileira, dotado de especificidades que não podem ser vislumbradas em contextos diferentes. Ressalte-se, desde logo, que não se trata de um estudo de caso detido em torno do mérito das decisões a serem expostas. Antes, trata-se de uma análise conjuntural a respeito da estrutura constitucional brasileira. Não por outra razão, será conferida especial atenção aos pontos que tenham implicações na construção da separação de poderes, sinalizando um alargamento de competências da corte constitucional em relação ao Parlamento e ao Executivo Federal.

DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

An untrammelled majority is indeed a dangerous thing, but it will require a heroic inference to get from that realization to the conclusion that the enforcement by unelected officials of an “unwritten constitution” is an appropriate response in a democratic republic.¹

John Hart Ely

O desenvolvimento histórico do conceito de democracia constitucional é marcado por seu caráter conflituoso. Por democracia, referimo-nos, em linhas gerais, à existência de algum tipo de representação política associada a um processo de sufrágio universal. Já o constitucionalismo denota a existência de uma Constituição, tida como norma fundamental, que se situa sobre o restante do ordenamento jurídico, prevendo como conteúdo mínimo a separação de poderes e elencando uma série de direitos individuais inerentes aos seus cidadãos.² *A priori*, haveria uma tensão intrínseca entre a vontade da maioria, princípio democrático por excelência, e a defesa de direitos fundamentais, elemento fundamental do constitucionalismo, dotado de evidente caráter minoritário.

I.1 Da tensão entre democracia e constitucionalismo

Democracia é o governo exercido pelo *povo*. Não obstante as inúmeras obscuridades decorrentes desta assertiva, resta evidente a prevalência do ideal de vontade popular. Vale dizer, há controvérsia em torno do significado do termo *povo*, bem como dos procedimentos que ensejam o exercício popular do poder, tópicos seculares no campo da Teoria da Democracia. Ainda assim, o aludido

¹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 8.

² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

regime, em suas diversas matizes e acepções, assume condição consensual nas sociedades contemporâneas do Ocidente. Isto é, não há acordo sobre o que é democracia, mas não se encontra voz dissonante no coro que evoca a superioridade do regime democrático frente aos demais.

Parte-se, assim, de uma acepção restrita, que entende este regime como aquele que funda sua “[...] origem e o exercício do poder pela maioria.”³ Em princípio, este seria um conteúdo mínimo a ser extraído do conceito de democracia.⁴ Nesta abordagem, a vontade expressa da maioria deveria prevalecer, porquanto significar a forma de manifestação mais legítima da vontade do povo.

O constitucionalismo, de outra sorte, compreende um aspecto de limitação ao exercício do poder. Em sua origem, teve o condão de frear os poderes de monarcas absolutistas. Já no constitucionalismo moderno, emerge a concepção de defesa de direitos individuais em face dos poderes declinados à maioria.⁵ A Constituição tem como papel precípua o bloqueio de decisões tomadas pela maioria que atingem a esfera individual de liberdade de determinados cidadãos. O caráter eminentemente contramajoritário⁶ deste instituto exalta a tensão entre ambos.

O grande desafio do constitucionalismo moderno e contemporâneo é a conciliação destes ideais. A partir de uma concepção mais ampliada de democracia, entende-se que “[...] pressupostos essenciais ao sistema democrático devem ser retirados da esfera de deliberação majoritária com o objetivo de prevenir uma erosão da democracia.”⁷ Assim, levar ao extremo a idéia de prevalência da vontade da maioria teria como consequência o desvirtuamento do próprio regime democrático.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 24.

⁴ Como afirma Waldron, “Theorists disagree about whether democracy is anything more than procedural ideal, but certainly it is at least the idea of a political procedure constituted in part by certain rights.” WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 149.

⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁶ O termo adquiriu notoriedade em obra de Alexander Bickel. Ao versar sobre o papel da Suprema Corte no sistema político dos Estados Unidos e a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, o autor afirmou que “the root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system.” BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 113.

Não se pode, todavia, compreender esse processo que resultou na convergência entre democracia e constitucionalismo sem que se observe o desenrolar dos fatos históricos. A preocupação com a tirania da maioria, ou a supressão de direitos fundamentais, se justifica na medida em que experiências totalitárias dirimiram democracias sem que procedimentos formais que dela decorriam fossem atingidos.

O constitucionalismo moderno deita suas raízes na Revolução Gloriosa na Inglaterra do século XVII. Na ocasião, foi advogada a supremacia do Parlamento e a limitação ao poder do rei, havendo presente uma “[...] tensão entre os reclamos pela soberania popular, de um lado, e a estabilidade constitucional, de outro.”⁸ Não foi até a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Americana de 1789 que emergiu o constitucionalismo associado à soberania popular, através da construção da idéia de Poder Constituinte. Entre os mecanismos erigidos neste momento, adquiriram destaque a federação, o bicameralismo e a tripartição de poderes.

No século XIX o conflito entre soberania popular e constitucionalismo adquiriu maior destaque, inclusive com o advento do controle jurisdicional de constitucionalidade. Já no início do século XX, surge o modelo de dirigismo constitucional, tendo como paradigma a Constituição de Weimar de 1919, que se funda na igualdade e inviolabilidade dos direitos fundamentais.⁹

Mas é no período posterior à 2ª Guerra Mundial que se consolida a convergência entre constitucionalismo e democracia. A partir da crença de que

[...] não poderia haver democracia sem um rígido esquema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias, assim como uma Constituição não democrática seria um embuste a dissimular um regime autoritário¹⁰.

Pode ser creditado a esse movimento o renascimento do jusnaturalismo sob novas bases. Ressurge a idéia de que existem direitos individuais universais e superiores, em detrimento da concepção científica do positivismo jurídico. Nes-

⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 8.

sa perspectiva, “o constitucionalismo investe contra a maioria a título de garantir um regime que respeite direitos.”¹¹ A partir de mecanismos contramajoritários seria possível conter o perigo das massas.

Foi a partir do totalitarismo que reinou em boa parte do mundo no início do Século XX que se percebeu a necessidade de conferir nova alçada aos direitos fundamentais e ampliar o conceito de democracia para algo além de mecanismos formais para o processo de tomada de decisão. Retirando da esfera de deliberação determinadas questões, seria possível proteger o regime de si mesmo, evitando que maiorias ocasionais rompessem com valores e direitos a serem resguardados para o livre exercício da cidadania.

Vale citar a figura de linguagem de que se valeu o teórico John Elster para ilustrar o funcionamento das democracias constitucionais.¹² É resgatada a figura mitológica de Ulisses, concebida por Homero. Ao ser alertado a respeito do infalível canto das sereias, ao qual homem nenhum escapara nas viagens que por aquele local passavam, Ulisses ordena que lhe amarrem junto ao mastro da embarcação, evitando que fosse mais um dos vitimados pelo irresistível canto. Este seria o papel das Constituições, impedindo uma autodestruição perpetrada por maiorias ocasionais.

A analogia é válida, todavia cumpre fazer algumas ressalvas. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira,

No caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, enquanto no processo constitucional a rigidez imposta às decisões constituintes tem um caráter supra-individual, pois é imposta ao conjunto da sociedade, especialmente àquelas correntes que, vencidas no embate constituinte, podem se converter em maiorias no futuro e alterar o decidido no processo constituinte.”¹³

A Constituição constitui um pré-comprometimento que comporta toda a sociedade, estendendo-se inclusive às gerações futuras. Aqui, o intuito é a proteção de valores fundamentais ante ao perigo representado por paixões ocasionais

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 10.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20.

que possam estremecer as bases democráticas do Estado. Movidas por ímpetos de irracionalidade, populações poderiam se valer dos mecanismos formalmente democráticos para romper com este regime e invadir as esferas privadas de indivíduos.

Diante desta perspectiva, a tensão transforma-se em afinidade e o constitucionalismo passa a ser não apenas cabível numa democracia, mas desejável. Conclui-se que “[...] there is a natural congruence between rights and democracy.”¹⁴ O papel desempenhado pelas Cartas Constitucionais seria justamente o de proteger o regime dele mesmo, a partir de mecanismos limitadores. Isto é,

Ao descrever as Constituições democráticas como um mecanismo de *autovinculação* pelo qual a soberania popular coloca fora do alcance da vontade da maioria a possibilidade de suprimir aqueles direitos e princípios que constituem as condições para a própria realização da democracia, estas Constituições passam a funcionar como um instrumento de *habilitação*, e não como um obstáculo à democracia.¹⁵

Para Habermas, o paradoxo só existe se pensarmos numa concepção clássica de democracia, em que as leis não iriam além da manifestação irrestrita da vontade dos cidadãos unidos. O próprio tempo histórico se encarregou de esvair a tensão ao evidenciar a necessidade de proteção dos direitos humanos frete à desregrada maioria. A Constituição seria ela mesma condição para o sucesso da democracia, sendo certo que “enabling conditions should not be confused with constraining conditions.”¹⁶

É justamente neste ponto que reside a “[...] limitação habilitadora e emancipatória”¹⁷ de que fala Oscar Vilhena Vieira. Nestes termos, a idéia do constitucionalismo caminha junto à de soberania popular numa concepção moderna de democracia, se posicionando como uma segunda fonte de legitimação do Estado.¹⁸ Mesmo Jeremy Waldron, autor que combate a legitimidade democrática da

¹⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 152.

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 16.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dez. 2001, p. 770.

¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 22.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dez. 2001, p. 770-773.

adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade, reconhece que

The idea of democracy is not incompatible with the idea of individual rights. On the contrary, there cannot be a democracy unless individuals possess and regularly exercise what we called in ‘the right of rights’ – the right to participate in the making of the laws.¹⁹

Para esse aspecto dual das democracias constitucionais, também atenta Mark Tushnet. O autor percebe a necessidade, de um lado, da construção das políticas que regem a vida pública por meio de alguma forma de governança democrática, e, de outro, do estabelecimento de limites às escolhas políticas a serem tomadas por meio da adoção de uma Lei Fundamental. Em síntese,

Today, constitutionalism requires that a nation be committed to the proposition that a nation’s people should determine the policies under which they will live, by some form of democratic governance. Yet, constitutionalism also requires that there be some limits on the policy choices the people can make democratically. Those limits are set out in the nation’s constitution.²⁰

Na prática, as democracias constitucionais assumem diversas formas. Em breve simplificação, podemos dizer que os Estados constitucionais têm Constituições rígidas ou flexíveis. No modelo flexível o processo para tomada de decisões constitucionais e decisões ordinárias não difere, enquanto nas Constituições rígidas a reforma constitucional adquire caráter mais dificultoso. Enquanto a flexibilidade está associada a uma ênfase no caráter democrático do sistema, a rigidez exalta o constitucionalismo. Como exemplo do primeiro modelo, podemos citar o caso britânico, que não requer processo legislativo mais dificultoso que o ordinário para modificação do conteúdo constitucional.

Da perspectiva de um sistema mais democrático que constitucional, as limitações das decisões majoritárias só se justificam se voltadas a assegurar a continuidade do próprio sistema democrático. Os únicos limites que se admitem às decisões dos representantes do povo são aqueles destinados a assegurar a perpetuação da participação de todos, e

¹⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 153.

²⁰ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 18-19.

em igualdade de condições, no processo de decisão democrático.²¹

No modelo rígido, é atribuído ao tribunal a função de bloquear a decisão da maioria que não atende aos preceitos constitucionais. Dá-se prevalência às decisões de caráter efetivamente constitucional em detrimento das decisões majoritárias *lato sensu*. Aqui os tribunais adquirem um papel mais destacado, cabendo a eles resguardar os direitos fundamentais.

Há, ainda, um modelo semi-rígido. Aqui, alguns dispositivos constitucionais têm o caráter rígido e outros não. A Constituição brasileira de 1824 é um exemplo recorrente, todavia tal modelo carece de outros exemplos práticos, dada sua peculiaridade histórica.

Por fim, há as democracias com super-rigidez constitucional. Este modelo, decorrente dos já mencionados desrespeitos às liberdades individuais perpetrados pelos regimes totalitários do início do século XX, se caracteriza por um resgate de idéias jusnaturalistas. Aqui, temos “[...] como principal pressuposto a existência de direitos anteriores ao Estado e, portanto, impassíveis à deliberação majoritária.”²² Direitos e princípios fundamentais adquirem alçada *sui generis*. Também os tribunais assumem aqui papel primordial, pois neles reside o poder de dar a última palavra, sobrepondo-se, inclusive, à vontade popular constituinte.

I.2 Kelsen, Schmitt e a controvérsia em torno do guardião da

Constituição

Reconhecer a conveniência de procedimentos contramajoritários e de um núcleo de direitos que resista à vontade majoritária, todavia, não encerra a discussão. A questão que se coloca é justamente a de quem seria o guardião adequado desta Constituição. Nesse sentido, um breve relato do debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt é fundamental para a compreensão do panorama atual.

²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 26.

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29.

Para Carl Schmitt, não seria aconselhável se atribuir o papel de guarda da Lei Fundamental a um tribunal composto por juízes. O constitucionalista argumenta que tal papel estaria em melhores mãos se incumbido ao chefe do Poder Executivo. A posição de Schmitt está relacionada à sua concepção de Constituição, que para ele diz respeito à expressão da vontade política de um povo. Assim,

[...] the constitution must express the political will of the people, or of a people, and this will might accommodate notions of freedom and identity that cannot be transposed into universal norms. The constitution of a state, in short, must therefore firstly be political, not legal.²³

Neste particular, o autor não concebe uma corte judicial provendo a defesa deste documento, justamente por se tratar de algo eminentemente político. Vislumbra-se, aqui, preocupação que constitui ainda hoje temor de boa parte da sociedade e da academia, qual seja, a possibilidade de politização do Judiciário. Schmitt afirma que o poder da última palavra deve ser atribuído a um órgão político, como o Executivo, “otherwise, there is the danger that instead of a juridification of politics, a politicization of the judiciary emerges, which undermines the prestige of the judiciary.”²⁴

O argumento adentra, ainda, à questão da separação de Poderes, alertando para o perigo de intromissão do Judiciário em esfera de Poder do Legislativo. Neste tocante, é criticado o já vigente sistema de revisão judicial de constitucionalidade dos Estados Unidos.

From the necessity of the separation, however, one could even draw the conclusion that no judicial control over acts of the legislature may take place, which means that the judicial review of constitutionality of laws, as the highest court of the United States of America exercises it, runs against the logically instituted schema of a separation of powers.²⁵

É rejeitada a tese de independência do órgão judicial, na medida em que uma instituição política seria mais adequada para resolver questões relacionadas

²³ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 10.

²⁴ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 123.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 223.

à decisão política fundamental de determinado povo. É nesse sentido que descreve o seguinte exemplo:

In place of a court of law with its appearance of judicial formality, a political organ, decides with more integrity, such as a 'senate' in the style of the Napoleonic constitutions, which envisioned a so-called Sénat conservateur for the protection of the constitution²⁶

Hans Kelsen, no entanto, atribui a teoria de Schmitt a um “movimento eficaz contra a busca [...] por um tribunal constitucional.”²⁷ Rechaça a tese do compatriota, afirmando estar ela atrelada à doutrina de poder neutro formulada por Benjamin Constant. Aqui, o monarca seria mais apropriado por estar em condições de neutralidade, argumento não aceito por Kelsen.

Para o positivista, a concepção de Schmitt se funda numa falsa distinção entre funções políticas e funções jurisdicionais, reconhecendo o caráter político da jurisdição. Assim, dada a independência decisional que o Tribunal Constitucional proporciona, este deveria ser encarregado da guarida constitucional. Ressalte-se, no entanto, que o autor preza pela cautela no exercício da jurisdição constitucional, alertando que “[...] deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder.”²⁸ É nesse sentido que propõe a atividade do juiz como aquela do legislador negativo.²⁹

Nesta perspectiva, que inspirou a expansão do Tribunal Constitucional pelo continente europeu, a corte assume a guarda da Constituição e a amplitude de suas atribuições é determinada pelo que dispõe o texto da carta constitucional.

²⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008, p. 164.

²⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 242.

²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 262.

²⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 167-170.

I.3 Legitimidade democrática da jurisdição constitucional

Inseridos na arquitetura institucional supramencionada, os tribunais adquirem papel de proeminência. A eles compete a defesa dos direitos individuais e aplicação das regras constitucionais ao processo democrático. Assim,

Para garantir que as decisões políticas majoritárias não desrespeitem um núcleo básico de regras sobre as quais aquela sociedade política se assenta, o Tribunal constitucional é o órgão que emite, em último grau, julgamentos sobre a compatibilidade da lei (e também dos atos estatais infralegais) com a Constituição.³⁰

Em face do exposto, pode-se dizer que “[...] quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional.”³¹ Nesse contexto, a mudança do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social representa nova posição do Judiciário, que adquire alçada ainda mais relevante. Aqui surgem as chamadas constituições dirigentes.

Hodiernamente, vêm surgindo nos textos constitucionais normas de caráter programático e dirigente. As constituições não mais se preocupam apenas com a organização e limitação do poder do Estado, visando também atender demandas de justiça substancial. Esta alteração está relacionada à mudança do paradigma liberal para a social democracia. Não obstante o problema relacionado à eficácia dessas normas,

[...] reconhece-se a sua qualidade de normas efetivamente jurídicas e dotadas de eficácia. O problema é assegurar a realização de suas pretensões normativas que dependem, no mínimo, de uma atuação positiva do legislativo, do executivo ou subsidiariamente do judiciário.³²

Adveio com essa concepção, uma nova função do Poder Judiciário. Tendo em vista que a vontade constitucional por vezes não é realizada pelos demais

³⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 3.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 25.

³² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 34.

Poderes, atribuiu-se ao Judiciário “a função de controlar as omissões inconstitucionais perpetradas pelos poderes constituídos.”³³ As cortes deixam o caráter passivo de bloqueio e adquirem uma postura ativa, visando atender às diretivas da Carta Magna.

Aqui reside o fundamento do debate em torno do ativismo judicial, tendo em vista o novo perfil adquirido pelo Poder Judiciário.

O papel dos tribunais responsáveis pela guarda e fiscalização da aplicação da constituição tornou-se extremamente mais complexa. Os tribunais, principalmente aqueles com jurisdição constitucional, de uma posição de legisladores negativos, como pretendia Kelsen, passaram a estar envolvidos em diversas novas tarefas, entre as quais a de zelar pela aplicação positiva da vontade constitucional e eventualmente substituir ao legislador ou administrador omissos e concretizar diretamente os direitos constitucionais de um indivíduo ou coletividade.³⁴

Antes de abordar o ativismo propriamente dito, todavia, deve-se atentar ao fato de que tal estruturação transparece uma supremacia dos tribunais em relação aos demais Poderes, haja vista que neles reside o monopólio de declaração de inconstitucionalidade. Com efeito, a questão da legitimidade democrática da revisão judicial toma importância fundamental.

Para Whittington, a supremacia judicial diz respeito ao poder de um órgão judicial, não submetido à pressão popular ou interesses eleitorais, em dizer o que é a constituição, ou seja, a interpretação desse órgão detém autoridade. Segundo o autor norte-americano, tal supremacia é tida como essencial numa democracia constitucional, devendo-se atentar ao fato de que tal processo não é erigido em mão única, ou seja, foi objeto de um longo processo de legitimação política, do qual tomaram parte os mais diversos âmbitos do poder estatal. Assim, “the judiciary may assert its own supremacy over constitutional interpretation, but such claims ultimately must be supported by other political actors making indepen-

³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 34-35.

³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 37.

dent decisions about how the constitutional system should operate.”³⁵

Já Cappelletti, ao enfrentar a questão da legitimidade, desconstrói a imagem utópica de uma representatividade plena pelos poderes político, exaltando o papel representativo do Judiciário ao conferir amplo acesso ao processo.

Assim, uma vez verificada a possibilidade de tal acesso, somado a uma seleção democrática dos juízes, a produção judiciária do direito nada terá de antidemocrática e não será problemática em si mesma, mas apenas em relação ao grau em que se dá.³⁶

André Ramos Tavares sustenta a idéia de que a existência de direitos antepostos ao Estado e intangíveis pelo legislador conferem a legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional. Nesses termos que se justifica uma proeminência política das cortes constitucionais. Assim,

[...] se utiliza o discurso dos direitos fundamentais, desde a teoria de Kelsen, como legitimador de uma postura não-majoritária e, desde essa perspectiva, mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional (tribunais constitucionais, cortes supremas e, de uma maneira geral, o *judicial review*) em âmbito que seria, numa concepção clássica, exclusivamente político.³⁷

Segundo Dworkin, a legitimidade conferida aos tribunais se justifica na distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política.³⁸ Com base nessa diferenciação são delineadas as atribuições do juiz e do legislador. Enquanto o segundo tem o monopólio sobre os argumentos de política, o primeiro toma suas decisões exclusivamente com base em argumentos de princípio, podendo, inclusive, invalidar decisões políticas em favor de um direito moral, que se sobrepõe às decisões majoritárias. Assim,

³⁵ WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 9.

³⁶ CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, v. 15, 2006, p. 3.

³⁷ TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v.2, 2007, p. 12-13.

³⁸ Hüber Mendes define assim a concepção de Ronald Dworkin em torno dos termos: “a) argumentos de princípio, que justificam a decisão política mostrando que essa respeita um direito moral do indivíduo; b) argumento de política (*policy*), que justificam a decisão em função de algum objetivo coletivo, como a decisão voltada para o bem-estar da comunidade.” MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36-37.

Numa comunidade de princípios, juízes devem tomar suas decisões exclusivamente com base nesse tipo de argumento, não em qualquer outro. Sempre que o fizerem, terão condições de contrariar uma decisão majoritária, pois essa deve se subordinar aos direitos que asseguram ao indivíduo um mínimo *status* de dignidade. Direitos morais são a barreira incontornável em face da maioria.³⁹

Essa teoria se orienta pelo resultado, assumindo que tribunais guiados por argumentos de princípio estão em melhores condições para alcançar a decisão correta em conflitos de direitos.⁴⁰ Para reforçar seu argumento, Dworkin cria a figura mítica do juiz Hércules, dotado de características sobrenaturais que propiciam a racionalidade necessária para se atingir a resposta correta. Aqui,

Juízes não têm discricionariedade em casos difíceis, mas um compromisso com a comunidade de princípios. São legatários de um ideal de justiça. Submetem-se ao regime do direito como integridade e têm a obrigação de buscar, sem violar a integridade, a melhor resposta do ponto de vista moral.⁴¹

Sob outro sentir, Jeremy Waldron se opõe à adoção da revisão judicial de atos do legislativo nos Estados democráticos contemporâneos, alegando que a “judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decisionmaking in a free and democratic society.”⁴² Argumenta-se que uma lei formulada por aqueles que têm a função de representar o povo não deveria ser invalidada por decisão tomada por alguns juízes que não foram eleitos pela população. É proposto que: (1) a revisão judicial não proporciona uma forma adequada para que a sociedade se concentre nos verdadeiros problemas em jogo quando há discordância em torno de direitos; (2) a revisão judicial é politicamente ilegítima,

³⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

⁴⁰ Como esclarece Waldron, para Dworkin “[...] democratic constitutional theory ought to be oriented primarily to results. In every society, there will be questions whether enacted legislation conflicts with the fundamental principles of democracy. These questions should be assigned to whatever institution is likely to answer them correctly. [...] The crucial thing is that courts are reliable at making good decisions about democracy. That is all a partisan of democracy should care about.” WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 160.

⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 50.

⁴² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1348.

na medida em que privilegia a opinião de um pequeno número de juízes que não foram eleitos.⁴³

Waldron rechaça a tese advogada por Dworkin no sentido de que a revisão judicial é perfeitamente compatível com a democracia, não representando um mal necessário.⁴⁴ Para o autor neozelandês, o argumento dworkiano de que a obtenção da melhor resposta elimina a necessidade de meios democráticos para seu alcance não é satisfatório.

[...] it turns on an elision between a decision about democracy and a decision made by democratic means. Dworkin seems to be suggesting that if a political decision is about democracy, or about the rights associated with democracy, then there is no interesting or interestingly distinct question to be raised about the way in which (i.e., the institutional process by which) the decision is made. All that matters is that the decision be right, from a democratic point of view. In the case of social justice, that is not so: the right decision about social justice may have been reached, but - as Dworkin concedes - it still matters whether it was reached democratically. In the case of a decision about democracy, however, he thinks the distinction collapses.⁴⁵

A necessidade de limitação da vontade da maioria, característica eminente das democracias constitucionais, não tem o condão de transferir automaticamente o poder da última palavra em conflitos de direitos à juízes e tribunais.

Não se trata simplesmente de realçar a necessária imposição de diques ao processo democrático majoritário. Deve-se investigar se a autoridade responsável por essa empreitada é

⁴³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1353.

⁴⁴ "There is no trade-off between rights and democracy, he insists. Instead he thinks that the practice of allowing a handful of unelected and unaccountable judges to strike down laws passed by a representative legislature helps constitute a distinctive and excellent form of democracy in the United States." WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 163. O autor se contrapõe de forma incisiva a esta ideia, ao afirmar que "Dworkin seems to be suggesting that if a political decision is about democracy, then there is no interesting question to be raised about the institutional process by which the decision is made. This seems wrong to me." WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1346.

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 162.

guarnecida por uma legitimidade adequada e coerente com sua missão de resguardar a moralidade constitucional.⁴⁶

Nesta abordagem, não se compactua com a habitual desconfiança em torno da atuação dos legisladores que se observa nos estudos que defendem o controle jurisdicional de constitucionalidade. No cerne do debate está a capacidade do Legislativo em prover a população com respostas politicamente eficientes e democraticamente construídas. A descrença na qual mergulhou o Poder encarregado da formulação das leis é ponto fundamental na justificação da guarida judicial da Constituição, com a entrega da Carta a tribunais compostos de juízes não eleitos. Como destaca Waldron,

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.⁴⁷

O órgão representativo adotaria métodos não propícios à tomada de decisão em questões de moralidade e princípio constitucional. Em contrapartida, “segundo a visão corrente, a interpretação judicial ‘despolitizaria’ direitos.”⁴⁸ A racionalidade seria o guia das decisões judiciais, enquanto nas instâncias majoritárias reinaria a barganha e os jogos de interesse, atributos indesejáveis para decisão em problemas de direito e justiça. Assim, “o principal argumento da teoria constitucional se apóia nesse temor: exagera nas tintas otimistas para desenhar o juiz e vice-versa quanto ao legislador. Tem medo do legislador, medo da tirania da maioria, medo das massas descontroladas.”⁴⁹

⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 143.

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 157.

⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 159.

Este caráter quase mítico assumido pelo tribunal constitucional é fonte precípua de sua legitimidade. Sobre a corte recai a imagem de instituição austera, sendo dotada de membros qualificados tecnicamente para tomar as decisões mais acertadas. Larry Kramer, tratando do caso estadunidense, atenta ao fato de que a pluralidade de membros confere vantagem ao tribunal frente à unidade do Executivo, na figura do Presidente, e o seu número reduzido de componentes lhe sobrepõe à multidão que compõe o Legislativo. Sua posição intermediária, assim, seria considerada a mais adequada.

[T]he public deference to and confidence in the judgment of the body are peculiarly inspired by the qualities implied in its members; by the gravity and deliberation of their proceedings; and by the advantage their plurality gives them over the unity of the Executive department, and their fewness over the multitudinous composition of the Legislative department.⁵⁰

É assumido que aquele órgão, não influenciado por questões políticas e alheio ao poder da opinião pública, esteja em melhores condições para tomar uma decisão desinteressada em conflitos que envolvem direitos. A última palavra deve ser incumbida àquele que oferece menores perigos, ainda que possa ser caracterizado, em certo sentido, um déficit democrático oriundo de tal procedimento.⁵¹

No entanto, tal como observam Jeremy Waldron e Conrado Hübner Mendes, “[...] não há indícios críveis de que juízes tenham menos propensão de tomar decisões injustas que o legislador.”⁵² A legitimidade da jurisdição constitucional não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário sob o argumento de que se trata do foro mais adequado para tomar as decisões corretas, justamente porque seria

Impossível comprovar que o juiz seja capaz de formular um argumento moral melhor do que o legislador; ou que o procedimento puramente majoritário é mais suscetível

⁵⁰ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 252.

⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 159.

⁵² Waldron alerta que “There is something lost, from democratic point of view, when an unelected and unaccountable individual or institution makes a binding decision about what democracy requires”, ainda que essa perda possa ser justificável quando for acertada a decisão. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 165.

de violar direitos do que aquele que se submete à revisão judicial.⁵³

Como observa Hübner Mendes, no entanto, o debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional é tido como vencido pelos seus defensores. O desenrolar histórico teria se encarregado de afirmar a correção do modelo. Nas sociedades contemporâneas, a adoção da revisão judicial de constitucionalidade, ainda que por diferentes mecanismos e estruturas, expandiu-se por todo o mundo. Como consequência desse processo, os tribunais ascendem à condição de protagonismo. Sob a ótica da separação de Poderes, “a revisão judicial não garante a supremacia da Constituição, mas da Corte. Ou melhor, da leitura que a Corte faz da Constituição.”⁵⁴

⁵³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 159.

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 159.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUPREMACIA JUDICIAL

A expansão do judiciário constitui lugar comum no discurso político de autoridades públicas. Não raro, podem ser observadas críticas ao comportamento das cortes judiciais no Brasil, nas quais é alegado que a magistratura nacional vem tomando um perfil ativista em sua atuação, o que romperia com princípios consagrados em nossa carta política, especialmente no que concerne ao princípio da separação dos poderes.

A crítica ainda é latente, podendo ser observada constantemente nos meios de comunicação, e está ligada de forma intrínseca à discussão em torno do papel de cada um dos Poderes na estrutura das democracias contemporâneas. A compreensão do princípio da separação dos Poderes, que se faz presente nas bases da democracia brasileira e permeia o pensamento de boa parte dos juristas contemporâneos, e a forma pela qual ele se manifesta no sistema político hão de ser questionados e examinados. Conforme alerta Alec Stone Sweet,

Tradicional, Continental separation of powers doctrines are in deep crisis. Conceived as a set of prescriptions, they appear increasingly obsolete and incoherent. Conceived as descriptions, they obscure more than they clarify what is actually going on in the world.¹

Aqui, deve-se examinar em que medida o Poder Judiciário, que sofre um processo contínuo de expansão, rompe com a consolidada estrutura de divisão de competências entre os Poderes. Há de se verificar em que medida tribunais estariam desempenhando papel diverso daquele previsto constitucionalmente, com indevida intromissão na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo.

Ao questionamento em torno do papel legislativo dos juízes, Mauro Cappelletti formulou estudo de importância *sui generis*. Assevera o pensador que a atividade do juiz é sempre dotada de criatividade, não obstante a concep-

¹ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 130.

ção de raiz formalista/positivista que pensa a interpretação judicial como mera declaração do direito já existente. Nas palavras do professor italiano:

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários².

Para que seja possível assentar as bases para uma investigação empírica em torno do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, é fundamental delinear as condições históricas que culminaram no atual contexto de supremacia judicial e hipertrofia do Judiciário. É cediço que os tribunais assumiram posição de centralidade em boa parte das sociedades contemporâneas, havendo que se verificar quais são as características e as condições que impuseram a chamada judicialização da política.

II.1 A judicialização da política

A judicialização da política se relaciona à adoção de alguma forma de processo judicial na tomada de decisão política. Segundo Vallinder, seria a “infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside.”³ Assim, a expansão judicial trataria da transferência de poder decisório de outras esferas em favor dos tribunais, ou a adoção de métodos tipicamente judiciais fora do âmbito do judiciário em si.

Vale dizer, a tomada de decisão em processo judicial se diferencia substancialmente daquela presente em assembleias legislativas. Enquanto nas cortes judiciais a resolução de conflitos se dá, idealmente, através de uma decisão tomada por um juiz imparcial, situado entre os dois atores litigantes; nas legislaturas, onde há uma série de conflitos partidários, a decisão é tomada com base no princípio da maioria.

² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 21.

³ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: *The global expansion of judicial power*. VALLINDER, Torbjörn & TATE, Neal (Orgs.). New York: New York University Press, 1995, p. 13.

A primeira forma se utiliza de audiências, onde são ponderados argumentos, chegando-se a uma solução para o caso concreto. Já a segunda se vale de barganhas e compromissos, que são firmados muitas vezes sob portas fechadas, tendo como resultado normas gerais e formulação de políticas públicas.⁴ Para Cappelletti, a distinção essencial é que “o processo judicial, diferentemente dos processos legislativo e administrativo, impõe uma atitude passiva, ou seja, não pode ser iniciado pelo próprio tribunal, mas necessita de um *autor*.”⁵ ⁶

Destarte, cumpre assinalar que não se está a negar a criação de direito por parte de juízes, tendo em vista que “it is also obvious that in practice the courts make law through precedents. That activity is especially important in judicial review of legislative enactments.”⁷ Cappelletti ressalta que o cerne da questão não reside na existência de atividade criadora por parte dos juízes, mas no grau em que tal criatividade se manifesta.

Neste tocante, a revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo constitui o fundamento da expansão do Judiciário. O controle de constitucionalidade está alicerçado na supremacia de uma constituição escrita,

since that document has been enacted by the legislature, or, as in the United States, by a constitutional convention, this form of judicial review should really imply keeping the legislature within its proper limits as stated in the constitution and thus protecting it from wrongful use of its powers.⁸

A constitucionalização de direitos fundamentais e a erupção do Judiciário como poder político encarregado pela guarda da Constituição alçaram os tribu-

⁴ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: *The global expansion of judicial power*. VALLINDER, Torbjörn & TATE, Neal (Orgs.). New York: New York University Press, 1995, p. 13-15.

⁵ CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, v. 15, 2006, p. 3.

⁶ Isto está atrelado ao argumento de que trata Conrado Hübner Mendes quando fala das teses em prol da legitimidade da jurisdição constitucional. Assim, “[...] o legislador ‘politizaria’ direitos; o juiz, o contrário. O legislador os submeteria às instâncias da troca, da barganha, do interesse. O juiz às instâncias do princípio, do argumento racional.” MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁷ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: *The global expansion of judicial power*. VALLINDER, Torbjörn & TATE, Neal (Orgs.). New York: New York University Press, 1995, p. 15.

⁸ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: *The global expansion of judicial power*. VALLINDER, Torbjörn & TATE, Neal (Orgs.). New York: New York University Press, 1995, p. 15.

nais a posição privilegiada, sendo encarregados de proferir a última palavra em conflitos que envolvem direitos. À medida que novas matérias, antes relegadas à deliberação ordinária, passam a integrar o corpo da Constituição, novas parcelas de poder são transferidas ao Poder Judiciante.

Esta constitucionalização é oriunda de uma desconfiança em relação ao legislador ordinário. O próprio constituinte originário se vê descrente ante a ineficiência do Poder Legislativo no provimento das necessidades erigidas pelo novo paradigma do Estado Social e, assim, infla o conteúdo constitucional de matérias que antes eram deixados à política majoritária. Como discorre Vieira,

[...] muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.⁹

É neste contexto que surge um dever do jurisdicionado em prover a sociedade com soluções efetivas, que antes não se encontravam a seu alcance. Com efeito, “agora os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição.”¹⁰ Resta evidente, assim, a exegese de uma nova relação entre os Poderes, tendo em vista que

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.¹¹

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 443.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 444.

¹¹ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, 1997, p. 150.

Retornando às origens históricas da judicialização da política, Carvalho e Oliveira relacionam uma série de causas que são sugeridas por autores contemporâneos. Assim, para Cappelletti o aumento de influência do poder Judiciário seria decorrente do Estado de bem estar social e uma conseqüente ampliação de todos os ramos estatais. Já para Tate e Vallinder, fator essencial foi a derrocada do regime socialista da União Soviética e a ascensão dos Estados Unidos da América como superpotência, propagando sua revisão judicial como modelo a ser seguido. O pensador francês Garapon acrescenta que tal movimento decorreu do enfraquecimento do Estado perante o mercado e do fracasso de outras instâncias de resolução de conflito, tais como a família e a igreja¹².

Diante do quadro mundial de judicialização, devem ser analisadas as peculiaridades que propiciaram a expansão judicial também no Brasil. Ferreira Filho ressalta que há razões substanciais para se defender que tal processo teve origem na vontade do legislador constituinte de 1988. Para o autor, o Judiciário e o Legislativo padeciam de grande desconfiança perante a opinião pública. A própria constituinte demonstrou sua descrença no legislador ordinário ao implementar mecanismos como o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão.

Acreditava-se que os métodos judiciais de tomada de decisão seriam preferíveis na medida em que propiciavam maior correção e objetividade.¹³ Porém, o intuito da carta constitucional trouxe consigo a politização da justiça, ao inserir no âmbito do Judiciário questões políticas que antes não adentravam sua esfera.

Carvalho e Oliveira atentam ao fato de que a judicialização da política se mostrou ainda incipiente em um primeiro momento, não tendo maior repercussão logo após a promulgação da Constituição de 1988. Isto estaria associado a uma postura conservadora do Supremo Tribunal Federal e uma concepção “ortodoxa da teoria da separação dos Poderes, somada a uma apropriação das ações públicas por parte dos interesses corporativos.”¹⁴ Como exemplo, pode ser citada a cautela da Suprema Corte na apreciação de mandados de injunção no início do período de democratização.

¹² CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, v. 15, 2006, p. 14.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 213-214.

¹⁴ CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, v. 15, 2006, p. 11.

No entanto, a judicialização tomou contornos sólidos e peculiares em terras brasileiras. A constitucionalização de direitos no Brasil foi particularmente ampla e, não obstante, a Carta Política atribuiu à Suprema Corte do país outras competências que inflaram ainda mais este órgão. O fenômeno que é mundial, aqui adquiriu caráter unívoco no que diz respeito à escala e a natureza. Isto se dá em razão da quantidade de matérias que adquiriram natureza constitucional, bem como pela possibilidade de barrar decisão do Poder Constituinte de reforma.¹⁵ Como observa Oscar Vilhena Vieira,

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.¹⁶

II.2 Por um conceito de ativismo judicial

O fenômeno da judicialização da política está relacionado e pode ser considerado condicionante do surgimento do ativismo judicial, no entanto a proximidade entre os termos não tem o condão de dirimir as diferenças existentes entre ambos. Com efeito, é fundamental destacar os pontos de contato e as peculiaridades que os distinguem.

Segundo Luís Roberto Barroso, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.”¹⁷ A assertiva diz respeito ao caso brasileiro, mas pode ser estendida ao restante do mundo. Ou seja, não há como se reputar este *fato* à intenção de juízes “[...] de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.”¹⁸ Este movimento ocorre independentemente da “opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte”¹⁹ que se limita a “[...] a

¹⁵ Vilhena Vieira atesta que este poder é conferido somente ao STF e à Corte Suprema Indiana. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 445.

¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 447.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 6.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 5-6.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 6.

cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.”²⁰

Enquanto judicialização é *fato*, que não se relaciona necessariamente às pretensões de membros do alto escalão do Judiciário, ativismo é *atitude*, estando estreitamente ligado à postura de juízes no exercício da jurisdição. O ativismo judicial diz respeito “[...] a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”²¹

Ao reconhecer a importância da distinção, Vanice Regina do Valle traça um perfil do caso brasileiro, concluindo que

As condições estruturais estão presentes formalmente em nosso sistema político-jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas apenas recentemente a temática ganhou o holofote dos meios de comunicação em massa e o interesse generalizado de juristas e cientistas sociais. Tal fato nos leva a afirmar a precedência, no caso brasileiro, do ativismo judicial do STF sobre o fenômeno da judicialização da política, que se revela como condição subjetiva – uma atitude assumida pelos magistrados em relação às decisões (e omissões) dos demais poderes – indispensável para se intensificar o processo de judicialização no sistema político brasileiro.²²

Delineada a distinção entre os termos, deve-se buscar um conceito de *ativismo judicial* que seja metodologicamente viável para uma análise crítica de decisões proferidas por tribunais. Para tanto, há de ser feito um resgate das origens históricas do termo, remontando-se ao contexto estadunidense, em que houve os primeiros registros de utilização da expressão como forma de crítica à atuação da Suprema Corte do país.

Enquanto no Brasil a discussão sobre o papel do Judiciário vem adquirindo nova alçada nas últimas décadas, nos Estados Unidos da América as cortes judiciais já ocupam o centro do debate público há algum tempo. Com efeito, não raro eram publicados artigos jornalísticos, ou mesmo obras acadêmicas, versan-

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 6.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 6.

²² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 38.

do sobre a atuação dos juízes. Foi justamente em uma dessas matérias jornalísticas que o termo *ativismo judicial* adquiriu notoriedade.

O primeiro registro que se tem do termo foi em um artigo de Arthur Schlesinger na revista *Fortune Magazine*, datado de janeiro de 1947. Na ocasião, o jornalista traçou um perfil de cada um dos juízes que compunham a Suprema Corte dos Estados Unidos, caracterizando alguns deles como ativistas judiciais (Black, Douglas, Murphy e Rutledge) e outros como campeões da auto-restrição (Frankfurter, Jackson e Burton).²³ A distinção se dá na medida em que “one group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse.”²⁴

O artigo apresenta algumas características que são atribuídas ainda hoje a decisões supostamente marcadas por um ativismo judicial, como a falta de deferência do Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, o desrespeito aos precedentes judiciais, ou mesmo a idéia de decisão orientada pelo resultado. Todavia, não se estabelece um critério objetivo para caracterizar decisões como ativistas ou não.

Schlesinger never explains what characteristic would make a decision “activist.” Instead, he ascribes so many attributes to the Judicial Activists and the Champions of Self Restraint that it is impossible to determine which ones are necessary, sufficient, or, superfluous.²⁵

Em obra intitulada “o mito do ativismo judicial”²⁶, Kermit Roosevelt III advoga a tese de que o conceito de ativismo judicial não se presta ao propósito para o qual foi inicialmente formulado, qual seja, uma avaliação isenta de decisões proferidas por tribunais. Para o autor, a vagueza do termo impede a utilização de critérios objetivos que possibilitem classificar decisões de juízes.

Roosevelt afirma que “judicial activism, as the concept is typically used,

²³ KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, oct. 2004, p. 1446.

²⁴ KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, oct. 2004, p. 1446-1447.

²⁵ KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, oct. 2004, p. 1450

²⁶ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

means deciding a case contrary to the plain meaning of the Constitution in order to promote the judge's political preferences.”²⁷ Todavia, tendo em vista a impossibilidade de se definir objetivamente o significado da Constituição, o termo acaba por representar mera crítica ou insulto. Ao se conferir a alcunha de “ativista” a uma decisão, estar-se-ia apenas discordando do resultado em função de preferências políticas. Assim, “the label ‘activist’ turns out to possess exactly the same fault it claims to identify in judges: it is entirely result-oriented.”²⁸

Ao abordar a história do conceito de ativismo judicial dentro do contexto norte-americano, Craig Green contrapõe esta maneira pela qual o público se vale do termo, utilizando-o como ferramenta importante para avaliar a atividade judicante, e as críticas advindas de boa parte da academia, que desconsideram o vocábulo em função de sua fluidez.²⁹ O autor busca atribuir utilidade ao conceito, porém reconhece que “the activist label is useful only where a judge has violated cultural standards of judicial role.”³⁰

Em face das fragilidades apontadas, Kermit Roosevelt resolve por abandonar a utilização do conceito de ativismo judicial, que traria mais problemas do que soluções à investigação jurídica. Em seu lugar, adota a idéia de legitimidade. Ao classificar decisões judiciais em legítimas ou ilegítimas, seria possível identificar aquelas que deveriam ser aceitas e as passíveis de críticas e oposição.³¹ Para que uma decisão seja considerada legítima, o nível de deferência da corte em face de outro ator governamental deveria ser justificável com base em uma série de fatores apontados por Roosevelt, dentre os quais podem ser citados lições da história e competências institucionais.³² Logo,

[...] if our concern is whether the Court is abusing its power and usurping the functions of other branches of government, as critics who call it “activist” charge, a lack of

²⁷ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 38.

²⁸ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 39.

²⁹ GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, vol. 58, n. 5, 2009, p. 1196.

³⁰ GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, vol. 58, n. 5, 2009, p. 1197.

³¹ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 37.

³² ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 44.

appropriate deference is the basic form such and abuse and usurpation would take.³³

A abordagem do professor estadunidense está condicionada ao conceito de ativismo judicial que ele explora, muito próximo àquele adotado pelo senso comum. A rejeição do termo tal como apresentado é compreensível, entretanto o próprio autor expõe conceituação alternativa que propicia análise distinta. Para ele, também poderia ser chamada de ativista decisão judicial que barrasse lei federal ou estadual, caso em que a corte estaria impondo sua autoridade perante atores governamentais eleitos e, assim, determinando que aquela questão seja excluída da esfera de deliberação por mecanismos majoritários.³⁴

Esta noção de ativismo seria útil para se estudar a problemática da separação dos poderes, na medida em que

This definition of activism will tell us something about how aggressive the Court is with respect to other governmental actors, which is a relevant datum if we are trying to figure out whether the Court is abusing its authority.³⁵

A importância da abordagem proposta pelos teóricos estadunidenses é evidente, mormente ao se considerar a influência do sistema jurídico e político norte americano sobre a história constitucional brasileira. No entanto, deve-se absorver com ressalvas tais apontamentos, na medida em que dizem respeito à sistema legal diferenciado e possuem aspectos que não se aplicam ao sistema brasileiro, de origem romano-germânica. Elival da Silva Ramos observa que, dado o amplo poder conferido aos juízes nos sistemas de *common Law*, a caracterização do ativismo naquele contexto se torna ainda mais dificultoso. Ou seja,

Na medida em que no âmbito do *common Law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica,

³³ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 43.

³⁴ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, pp. 38-39.

³⁵ ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p. 39.

parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo.³⁶

Nesse sentido, avalia-se que os critérios adotados para caracterizar decisões como ativistas no plano dos sistemas de *common Law* são rígidos o bastante para serem aplicados apropriadamente ao contexto brasileiro. Neste particular, compreende-se que o ponto nodal do conceito de ativismo judicial reside no grau de deferência do Judiciário em relação aos demais Poderes. Isto é, estar-se-á a tratar de questão eminentemente relacionada à teoria da separação de Poderes.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de função constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.³⁷

Mais do que representar uma busca dos tribunais pela concretização de direitos e valores consubstanciados na Constituição, o ativismo associa-se a uma reconstrução de fronteiras no ambiente democrático, é dizer, um rearranjo institucional que alavanca o Poder Judicante à posição de proeminência. Como afirma Luis Roberto Barroso, “a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”³⁸ Para o constitucionalista, este ativismo seria aferido conforme as seguintes características:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

³⁸ Barroso, p. 6

legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”³⁹

Não se pode analisar criticamente o papel do Judiciário na democracia sem que, para isso, seja delineada a atividade do Legislativo e do Executivo. É justamente na fixação dos limites de atuação de cada Poder que irá se conferir a alcunha de ativista à Corte Suprema.

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁴⁰

Neste tocante, não se pode perder de vista a distribuição de competências que o próprio ordenamento, por via do texto constitucional, promove entre os Poderes. A partir desses critérios torna-se possível avaliar a adequação do grau de deferência no caso concreto, sem se deixar de lado, por óbvio, a importante função dos princípios constitucionais neste exercício analítico. Assim,

Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe que se há de buscar os critérios para aferição do ativismo judiciário.⁴¹

É justamente sob a ótica da separação dos Poderes, especialmente no que toca à intromissão de um Poder na esfera de competência de outro, que se deve investigar a atuação recente do Supremo Tribunal Federal. Deve-se levar em conta, ainda, as experiências históricas e construções teóricas influenciam a atual toada dos trabalhos pretorianos. Nesse sentido, a história constitucional dos Estados Unidos fornece elementos interessantes para se compreender o momento atual do Judiciário nacional.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008,, p. 6.

⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134.

O MODELO ESTADUNIDENSE E O CASO BRASILEIRO

*There is almost no political question,
in the United States, that does not sooner or
later resolve itself into a judicial question.¹*

Alexis de Tocqueville

A afirmação de Tocqueville demonstra o poder político investido no Judiciário dos Estados Unidos da América. O caso norte-americano simboliza o embrião da expansão global do poder judicial, estando repleto de exemplos históricos que afirmaram a condição de prevalência do Tribunal Supremo.

O modelo estadunidense foi responsável pela primeira decisão de inconstitucionalidade de que se tem registro por parte de um tribunal nacional. Suas implicações para os demais sistemas são percebidas até os dias de hoje, sendo de importância extrema o estudo do caso norte-americano para se entender os caminhos desenvolvidos no contexto brasileiro.

III.1 Casos da Suprema Corte dos Estados Unidos

III.1.1 *Marbury v. Madison*

Em 24 de fevereiro de 1803 foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos caso que se impõe até o presente como um divisor de águas na história do Direito Constitucional. Nas palavras de Rehnquist, que presidiu aquele tribunal, este é “[...] the most famous case ever decided by the United States Supreme Court.”²

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2000, p. 123

² REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 35

A controvérsia levada à corte teve origem durante período de transição e tensão no ambiente político do país. O Partido Republicano, na figura de Thomas Jefferson, assumia a presidência após o governo dos Federalistas, sob o comando de John Adams. No auge da cisão entre os partidos, restando pouco para a tomada de posse de Jefferson, foram indicados vários partidários dos Federalistas para assumir a condição de juízes federais. O acontecimento rendeu a alcunha de “juízes da meia noite” aos novos servidores.

Para os Republicanos, o acontecimento não passava de uma tentativa dos Federalistas de frustrar os programas de governo de Thomas Jefferson através do aparelhamento político do Poder Judiciário.³ Como aponta William Rehnquist, existiam razões legítimas para a adoção de lei nos moldes da formulada pela administração de John Adams⁴, porém o fato de se ter aprovado a legislação em 13 de fevereiro de 1801, restando apenas três semanas para a sucessão presidencial, causou alvoroço. Nas palavras do autor,

[...] coming as it did when the Federalist control of the presidency and Congress was breathing its last gasp, it created an uproar. The bill relieved the Supreme Court justices of their circuit duties, reduced the number of judges from six to five, and established six new circuit courts with sixteen new judges to administer them. All sixteen of the new judges were, of course, appointed by John Adams, the lame-duck president.⁵

William Marbury, um dos “juízes da meia noite”, havia sido apontado para assumir posto no Distrito de Columbia, entretanto não foi completado todo o procedimento burocrático de investidura no cargo ao final do mandato do presidente John Adams. Após a nomeação presidencial e a confirmação pelo Senado, restou pendente a titulação a ser dada pelo Secretário de Estado. James Madison, que assumira este posto na recém formada administração do Presidente Thomas Jefferson, se negou a cumprir o referido procedimento.⁶

³ JOHNSON, Herbert. Marbury v. Madison, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 203.

⁴ REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 27-28.

⁵ REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 28.

⁶ JOHNSON, Herbert. Marbury v. Madison, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 203-205.

Marbury, então, invocou a jurisdição originária da Suprema Corte para que esta ordenasse o então Secretário a cumprir com o óbice burocrático, valendo-se para tanto do *writ of mandamus*.⁷ John Marshall, presidente do tribunal, proferiu o voto⁸ que, acompanhado por unanimidade, decidiu o caso.

Para Marshall, o sistema de indicação de juízes consagrado pela Constituição norte americana se completa com a assinatura presidencial. A partir deste momento considera-se concretizada a indicação, sendo mera formalidade a titulação conferida pelo Secretário de Estado. Assim, Marbury postulava direito legítimo perante a Suprema Corte. Também foi reconhecido que o *writ of mandamus* constituía instrumento processual adequado para efetivação do direito perquirido.⁹ Restava, todavia, um ponto a ser questionado, qual seja, a possibilidade da Suprema Corte decidir o caso como instância originária.

Ao se valer do mais alto tribunal do país para o exercício do direito de ação, Marbury se apoiou em dispositivo do Ato Judiciário de 1789¹⁰, primeira lei promulgada pelo Congresso estadunidense que tratava do funcionamento das cortes judiciais. Conforme a lei invocada, a Suprema Corte teria o poder de conceder o *writ of mandamus* contra o Secretário de Estado.

Em seu voto, John Marshall sustentou que referida norma era inconstitucional, sendo tarefa do tribunal afastar sua incidência. Para tanto, apoiou-se em dispositivo constitucional que fixava a competência originária da mais alta corte do país. Conforme o artigo III da carta, “[...] the Supreme Court shall have original jurisdiction in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party. In all other cases, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction.”¹¹ Entendeu-se que o rol era taxativo, não se admitindo lei posterior que o ampliasse, por estar em evidente conflito com a Constituição. Assim, declarou-se o Ato Judiciário de 1789 inconstitucional e William Marbury não pôde receber sua titulação.

⁷ Instrumento processual que inspirou a criação do Mandado de Segurança, tal como presente no Direito Processual Brasileiro.

⁸ Tradução livre do termo *opinion*.

⁹ REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 29-30.

¹⁰ Como citado por Rehnquist, a lei “provided that the Supreme Court should have the power ‘to issue writs of mandamus in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.’” REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 30.

¹¹ REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 31.

Inaugurou-se, com esta decisão, o controle jurisdicional de constitucionalidade, pelo qual se munuiu uma corte judicial com a autoridade para declarar inconstitucional lei aprovada pelo Poder Legislativo, afastando, assim, sua validade. No caso,

The Court decided without much hesitation that the Constitution, which had been ratified by assemblies representing all of the people of the United States, would have to prevail over an act of Congress, which was simply one branch of the federal government exercising powers delegated to it by the people through the Constitution.¹²

Não é por outro motivo que Alexander Bickel afirma que “if any social process can be said to have been ‘done’ at a given time and by a giver act, it is Marshall’s achievement.”¹³ A revisão judicial é tida como uma transformação social de suma importância, ainda que ela “[...] does not derive from any explicit constitutional command.”¹⁴

III.1.2 *Scott v. Sandford (Dred Scott)*

Em 7 de março de 1857, por uma maioria de 7 votos a 2, a Suprema Corte decidiu um dos mais importantes casos na história constitucional do país. Como destaca Walter Ehrlich, esta decisão teve um papel fundamental na precipitação da Guerra Civil que iria abalar os Estados Unidos anos depois, além de ter sido um episódio marcante na conturbada história das relações raciais norte-americanas.¹⁵

Dred Scott e sua esposa, Harriet Scott, escravos de posse da família Emerson, haviam ajuizado ação postulando sua liberdade junto à corte do Condado de Saint Louis, no estado do Missouri. A realidade norte-americana apresentava peculiaridades, na medida em que alguns estados situados mais ao sul, dentre eles o Missouri, eram escravistas, enquanto outros não admitiam a escravidão.

¹² REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 32.

¹³ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 01.

¹⁴ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 01.

¹⁵ EHRLICH, Walter. *Scott v. Sandford*. in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 322-324.

Ainda na posse do militar John Emerson, Dred Scott havia se mudado com o dono ao Illinois, um dos estados livres. O casal, então, valeu-se do já consolidado princípio legal do “uma vez livre, sempre livre”¹⁶, que estabelecia que a partir do momento em que um escravo adentra um estado livre, este adquire sua liberdade e não retorna ao status de escravidão, ainda que adentre novamente território escravocrata.

Nas instâncias inferiores Dred Scott teve sua liberdade reconhecida, todavia o caso chegou à corte superior do estado, onde a decisão foi desfavorável. Na ocasião, afastou-se o princípio do “uma vez livre, sempre livre” em favor da idéia de que uma lei antiescravista, estranha ao ordenamento do Missouri, não poderia ditar as decisões judiciais na localidade.¹⁷ A Suprema Corte dos Estados Unidos, então, manifestou-se favoravelmente à decisão da corte estadual, retirando definitivamente a liberdade de Scott e assumindo o posto de decisão mais criticada da história constitucional norte-americana.

III.1.3 Brown v. Board of Education

Decidido no mérito por unanimidade (nove votos a zero), em 17 de maio de 1954. Foi seguido o entendimento consubstanciado na opinião de Earl Warren.

Neste caso, a Suprema Corte rompeu com a doutrina do “separados, mas iguais” que vigia até então no sistema público de educação norte americano. Conforme este entendimento, negros e brancos eram protegidos pela cláusula constitucional de igual proteção (*Equal Protection Clause*), mesmo que obrigados a conviver em ambientes educacionais distintos, na medida em que eram tratados em igualdade de condições.

Em uma decisão que pode ser considerada revolucionária, os juízes promoveram uma nova interpretação da *Equal Protection Clause* presente na Constituição, identificando elementos de segregação racial na doutrina do “separados, mas iguais”. Pode-se argumentar que a decisão não teve efetividade, pois “by 1964, a decade after the first decision, less than 2 percent of the formerly

¹⁶ Tradução livre da expressão “*Once free, always free.*”

¹⁷ EHRLICH, Walter. Scott v. Sandford. in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 322.

segregated school districts had experienced any desegregation”¹⁸. Todavia, resta evidente seu caráter inovador, tendo servido como um “potent catalyst for ambitious social change”¹⁹.

Assim, o constitucionalismo norte americano abriu os olhos para as relações raciais, representando “the beginning not only of substantive changes in the American social structure but also in the nature and expectations of how Supreme Court interpreted de Constitution”²⁰. Uma postura inovadora da corte que representou um marco na interpretação constitucional, que passou a levar em conta elementos sociais antes ignorados.

III.1.4 *Lochner v. New York*

Decidido em abril de 1905, por maioria (cinco votos a quatro).

Neste caso, a Suprema Corte invalidou regulação de Nova Iorque que limitava as horas de trabalho em padarias para dez diárias ou sessenta semanais. A legislação visava proteger os trabalhadores que estavam expostos diariamente a condições insalubres e estendiam sua jornada laboral por longos períodos.

Joseph Lochner, o apelante, era dono de uma pequena padaria, estando na posição daqueles que mais perdiam com as novas regras, na medida em que viam os lucros diminuindo conforme a mão de obra se tornava mais cara. Após perder a causa em diversas instâncias, seu caso chegou à Suprema Corte sob o argumento de quebra da liberdade de contrato.²¹

Esta foi a tese esposada pela maioria para barrar a legislação do estado de Nova Iorque, seguindo entendimento do juiz Rufus Peckham. Esta decisão foi tida por muitos como uma indevida intromissão do Judiciário na esfera do Legislativo. Como observa Paul Kens,

The usurpation of legislative authority and glaring subjectivity of Peckham’s ruling brought the case into the limelight.

¹⁸ STEAMER, Robert. *Brown v. Board of Education*, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 40.

¹⁹ STEAMER, Robert. *Brown v. Board of Education*, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 40.

²⁰ STEAMER, Robert. *Brown v. Board of Education*, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 38.

²¹ KENS, Paul. *Lochner v. New York*, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.190.

In 1910, President Theodore Roosevelt pointed at *Lochner* when denouncing the judiciary for erecting insurmountable obstacles in the path of needed social reform. Critics found it frustrating that the opinion of one appointed judge could reverse the reforms adopted by elected legislatures. For the next three decades, *Lochner* symbolized judicial misuse of power.²²

O suposto erro da corte nesta decisão residiu no seu indevido envolvimento na formulação de políticas, não se limitando apenas à interpretação das leis atinentes ao caso, tal qual seria seu papel.²³ O caso tomou tamanha proporção que todo o período que envolveu o entrave de legislação progressista em razão de atuação da Suprema Corte ficou conhecido como a “Era *Lochner*”. Conforme Vieira, este interregno teria marcado definitivamente a expansão judicial estadunidense.

[..] seria possível afirmar que a expansão da autoridade judicial começou a ser detectada, já no início do século passado, pelos realistas nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte, no que se convencionou chamar de era *Lochner*. Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição.²⁴

Esta foi, como destaca Jeremy Waldron, outra decisão considerada equivocada por parte da Suprema Corte, representando todo um período de postura ativa e conservadora por parte do órgão. O autor chama a atenção para “the injustice occasioned by the striking down by state and federal courts of some 150 pieces of legislation concerning labour relations and labour conditions in the period (now referred to as the *Lochner* era) from 1885 to 1930.”²⁵

²² KENS, Paul. *Lochner v. New York*, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 191.

²³ KENS, Paul. *Lochner v. New York*, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 192.

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 443.

²⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999, 154.

III.1.5 *Bush v. Gore*

Decidido em dezembro de 2000, por maioria (cinco votos a quatro). Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu uma eleição presidencial. Conforme Whittington, ao determinar a presidência, a corte proporcionou algo que “the Founders could have hardly imagine”²⁶. O autor ressalta que a mera existência desse caso, atrelada à pronta aceitação de sua decisão, “[...] marked the apogee of judicial authority and showed the great distance that the Court had traveled since its founding.”²⁷

A eleição presidencial disputada entre o então Vice-Presidente Al Gore, do Partido Democrata, e o governador do estado do Texas, George W. Bush, do Partido Republicano, foi decidida por uma margem de poucas centenas de votos no estado da Flórida. O comitê de campanha do candidato derrotado, Al Gore, pugnou pela recontagem, alegando que uma inspeção manual iria proporcionar uma reviravolta nos resultados em face da não contagem de diversos votos.

Após decisão da suprema corte do estado da Flórida favorecendo uma recontagem em todo seu território, a Suprema Corte do país proferiu, em menos de vinte e quatro horas, uma injunção de emergência (*emergency injunction*) interrompendo a recontagem, assim defendida por uma maioria de cinco votos, todos de juízes associados a uma postura mais conservadora. O argumento utilizado foi de que aquela ação poderia causar danos irreparáveis ao candidato vencedor e à própria legitimidade do processo eleitoral.²⁸ Houve diversas acusações de indevida politização da corte, com votos aliando-se à preferência partidária de cada juiz, e em todas opiniões dissidentes restou clara a afirmação de que a Suprema Corte do país não deveria interferir na disputa eleitoral presidencial.²⁹

²⁶ WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 230.

²⁷ WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 231.

²⁸ GILLMAN, Howard. Bush v. Gore, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 40

²⁹ GILLMAN, Howard. Bush v. Gore, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 40-41.

III.2 O STF e a doutrina brasileira do *habeas corpus*

A criação do controle jurisdicional de constitucionalidade foi em si mesma manifestação de ativismo judiciário e poder político por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos. Sem qualquer declaração expressa do texto constitucional a esse respeito, o tribunal impôs sua condição de guardião da Constituição, sendo tal decisão respeitada e cumprida pelos demais Poderes. Esta proeminência se perpetuou na história, como observado nos casos acima relacionados, evidenciando o protagonismo judicial na relação entre os Poderes. Como anota Conrado Hübner Mendes,

Essas decisões fizeram escola e repercutiram para além das fronteiras do direito constitucional americano. Viraram epítomes da independência judicial na história do constitucionalismo.³⁰

Esta repercussão se fez sentir em território nacional. Como principal porta-voz da experiência norte-americana em terras tupiniquins, Rui Barbosa teve papel comparado àquele desempenhado pelo juiz John Marshall nos Estados Unidos da América.³¹ No entanto, o caso brasileiro é dotado de diferenças históricas, tendo em vista que a adoção do controle de constitucionalidade por aqui teve origem no texto da Lei Fundamental.

Ainda assim, não foi de imediato que o Supremo Tribunal adquiriu a importância política que alcançara de forma precoce em terras estadunidenses.³² Hübner Mendes afirma que a “história política brasileira não oferece episódios de embate radical entre a instituição responsável pelo exercício da jurisdição

³⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 140.

³¹ BALEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

³² Sobre o assunto, Vilhena anota que “[...] o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 445.

constitucional, o Supremo Tribunal Federal, e os outros dois poderes”³³, restando patente que “[...] quando a temperatura política era alta e o STF deu amostras de resistência, o desfecho foi drástico e autoritário.”³⁴

Ainda assim, podem ser observados antecedentes históricos ao ativismo judicial que se manifesta hodiernamente sob a Constituição Federal de 1988. A interpretação pretoriana conferida ao instituto do *habeas corpus* em tempos remotos se afigura como exemplo clássico, abordado em detalhes por Aliomar Baleeiro. Como delineado por Elival da Silva Ramos, a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” é de grande valia para

[...] demonstrar o limite tênue que, por vezes, se põe entre a ousadia e criatividade no exercício da função constitucional, indispensáveis à rápida adaptação do sistema jurídico diante de novas necessidades sociais, e o insidioso descaminho do ativismo judicial.³⁵

O Supremo Tribunal Federal tem como tarefa fundamental e se justifica na medida em que cumpre o papel de “[...] sentinela das liberdades asseguradas pela Constituição.”³⁶ Através do controle jurisdicional de constitucionalidade, a corte se presta a garantir os direitos e as liberdades públicas que foram consagrados pelo texto constitucional.

Todavia, não foi até a aposentadoria de ministros que compunham o Supremo Tribunal de Justiça do período monárquico e assunção de novos ministros oriundos da geração republicana que o tribunal passou a exercer tal papel. Os juízes renovaram o STF, tendo em vista que “[...] haviam participado da elaboração da Constituição de 1891 e traziam para a Côrte não só a cultura mais orientada para o Direito Público, mas também a experiência política do Parlamento e dos negócios do Estado”³⁷. Assim, estavam mais propícios à mudança de postura que sobreveio com inspiração no modelo norte-americano.

³³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 139.

³⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 139.

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 226.

³⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 58.

³⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 60.

Rui Barbosa foi figura essencial neste processo. O intelectual influenciou as instituições jurídicas brasileiras, difundido o conhecimento que tinha em torno do funcionamento da revisão judicial de leis nos Estados Unidos. Ademais, o contexto histórico nacional, que se caracterizava por uma alteração de regime político e a ocorrência de grandes conflitos, propiciou nova perspectiva em torno de institutos processuais que antes não adquiriam alçada constitucional, tal como o *habeas corpus*.

Sem previsão na Carta Magna de 1824, o *habeas corpus* surgiu no Brasil com o Código de Processo Penal, datado de 1832. Tinha como intuito conferir efetividade ao dispositivo constitucional que preconizava que “ninguém pode ser prêso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, e, nestes, dentro de 24 horas..., o juiz por uma nota por êle assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as”³⁸. Assumiu, contudo, relevância *sui generis* no plano político, pois ainda que “[...] concebido como simples medida processual penal, o *habeas corpus*, nesse período, teve aplicação política, ou nos crimes políticos, protegendo a minoria, talvez comprometida em excesso.”³⁹

Nos anos seguintes, houve uma ampliação do escopo deste remédio jurídico. Em 1863, equipararam-se à prisão todos os constrangimentos ilegais à liberdade física e em 1871 passou-se a admitir *habeas corpus* preventivo em casos de ameaça de constrangimento.

A inscrição do *habeas corpus* textualmente na Constituição se deu em 1891, inclusive com a previsão de recurso voluntário ao Supremo Tribunal Federal em caso de decisão denegatória. Dirimindo controvérsias quanto à existência de competência originária daquela corte na apreciação de HC, adveio a Lei nº 221/1894, a qual

[...] estatuiu o que, em linhas gerais, vigora até hoje, isto é, o conhecimento de *habeas corpus* diretamente impetrado ao Supremo Tribunal Federal, quando o coator for praticado contra o juiz ou funcionário federal, ou ‘ainda no caso de

³⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 61.

³⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 61.

iminente perigo de consumir-se a violência antes de outro Tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da espécie em primeira instância”⁴⁰

A hipertrofia deste remédio jurídico no país se deu pela designada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. A atuação de Rui Barbosa e do Supremo Tribunal Federal culminou na “[...] ampliação muito mais além de sua finalidade histórica do mandamento para restauração da liberdade de ir, vir e permanecer ‘*ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*’”⁴¹. O mecanismo adquiriu proeminência política em grande parte pela atuação das cortes judiciais. Os votos do ministro Pedro

Lessa foram determinantes nesse sentido.

A doutrina brasileira do HC representou uma postura de defesa de direitos pessoais por via de controle judicial sobre os atos advindos de outras esferas. Ainda que tenham sido constatados excessos na história brasileira, os quais foram combatidos pela Suprema Corte brasileira, restou evidente uma postura mais ativa do Poder Judiciário em um contexto de defesa de valores e direitos individuais consagrados pelo ordenamento.

Pode-se afirmar que este foi um antecedente histórico do ativismo judicial contemporâneo, ainda que se argumente que no caso o STF atuou dentro dos limites estabelecidos constitucionalmente. Como observa Elival da Silva Ramos,

Não se pode dizer que essa “doutrina brasileira do *habeas corpus*” representasse um debordamento ativista da Suprema Corte de suas atribuições constitucionais, como pretendeu o Presidente Hermes da Fonseca, porquanto houvera sido competentemente estruturada a partir de interpretação extensiva do dispositivo-matriz da garantia.⁴²

Todavia, no governo do presidente Artur Bernardes a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” encontrou seu fim. Este tinha como um de seus intuitos “[...] reduzir o *habeas corpus* ao papel clássico de defesa da liberdade física, apenas,

⁴⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 62-63.

⁴¹ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 63.

⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 232.

isto é, o direito de ir, vir e ficar, sem quaisquer elastérios.”⁴³ Com o apoio do relator- geral João Mangabeira, ferrenho crítico do Supremo, o HC perdeu seu caráter expandido, tendo em vista que:

[...] o § 22 do art. 72 da Carta de 1891, depois de 1926, passou a vigorar em termos que mataram a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*: “Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Assim, sobreveio a necessidade de novos remédios jurídicos para proteção de direitos individuais, tais como o mandado de segurança, que foram estatuídos em momento posterior. No entanto, o caso representou um importante passo da Corte Suprema na assunção de papel de centralidade na democracia brasileira.

⁴³ BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 68.

ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Podem-se entender as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a esse exercício candente de ativismo judiciário, porém não justificar tal conduta à luz dessas razões.¹

Elival da Silva Ramos

Partindo-se da constatação de que a Constituição Federal de 1988 instituiu um contexto de judicialização da política e que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo deste inflado Poder Judiciário, resta analisar de que maneira a corte vem atuando. A maneira pela qual tal análise deve ser organizada, todavia, não é fácil.

Sob um ponto de vista, observa-se que hoje a Suprema Corte decide os conflitos mais relevantes para a democracia brasileira, sendo “difícil pensar um tema relevante da vida política contemporânea que não tenha reclamado ou venha a exigir a intervenção do Supremo Tribunal Federal.”² Desta forma, “em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal.”³

De outro lado, observa-se que o excesso de competências declinadas ao Pretório Excelso pelo texto constitucional faz com que diversos casos sejam decididos de forma monocrática, não tendo maior relevância para o tema ora estudado. Assim, descarta-se uma investigação empírica que se limite a constatações de ordem estatística. Aqui devem ser buscados casos paradigmáticos, a serem investigados a fundo, de forma a caracterizar as particularidades da atuação do Supremo.

Buscam-se casos de ativismo judicial em que a corte

¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 255.

² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 451.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 451.

[...] não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.⁴

Não por outro motivo, os dois casos selecionados para a análise jurisprudencial representam situações diferenciadas, porém igualmente relevantes. O primeiro a ser abordado, referente à fidelidade partidária, trata de uma interpretação inovadora que alterou substancialmente o conteúdo da Constituição e rompeu com jurisprudência consolidada, enquanto o segundo, referente à greve dos servidores públicos, representou uma nova orientação da corte na decisão envolvendo instituto processual já consagrado pela Constituição.

IV.1 Caso: fidelidade partidária

Em 4 de outubro de 2007 foram levados ao plenário do Supremo Tribunal Federal os Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF. A controvérsia girava em torno da perda de mandato em razão de desfiliação partidária por parte de detentor de cargo eletivo, conforme interpretação do artigo 14, § 3º, inciso V e do artigo 55, incisos I a VI da Constituição Federal.

Assim versam os referidos ditames constitucionais:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: V – a filiação partidária;

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 452.

III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.⁵

A partir da leitura dos dispositivos suprapostos, resta evidente a não admissão no sistema eleitoral brasileiro de eleição de candidato avulso, aquele que não é filiado a partido político. A filiação partidária constitui condição de elegibilidade, pressuposto para assunção do posto eletivo. Entretanto, não se vislumbra *prima facie* no texto constitucional a desfiliação partidária como hipótese de perda de mandato de parlamentar eleito.

O debate instaurado foi originado por consulta formulada ao Tribunal Superior Eleitoral pelo Partido da Frente Liberal (PFL). Na Consulta 1.389/DF aquela egrégia corte superior foi instada a se manifestar em torno da possibilidade de manutenção de vaga por parte de partido ou coligação no caso de desfiliação de detentor de mandato eletivo. Sobreveio a Resolução 22.526/2007 respondendo afirmativamente ao questionamento do partido político⁶, dando ensejo à impetração dos mandados de segurança ora analisados.

Os mandados de segurança foram impetrados em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia. A autoridade coatora denegou pedidos administrativos feitos por três partidos políticos, a saber, Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Democratas (DEM), que visavam à declaração de vacância de cargos de deputados federais que se desfiliam de suas legendas partidárias, de forma a reaver as cadeiras ocupadas por estes parlamentares.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ “Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.” BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.526/2007. Disponível em: <www.tse.jus.br> Acesso em: 16.01.2010. Conforme Elival da Silva Ramos, “não é preciso muito esforço para perceber que a Justiça Eleitoral, escorada no teor das decisões do Supremo de 4 de outubro de 2007, construiu inteiramente um instituto (a perda de mandato por desfiliação partidária), indo muito além da força prescritiva do princípio da representação partidária proporcional.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 254.

Inobstante a referida Resolução proposta pela corte eleitoral, a jurisprudência do Pretório Excelso se mostrava reticente quanto à possibilidade de perda de mandato em face do princípio da fidelidade partidária. No Mandado de Segurança 20.927/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o plenário decidira em sentido oposto, ainda que por apertada maioria.

Na ocasião, prevaleceu a tese esposada pelo relator no sentido de que o princípio da fidelidade partidária não havia sido consagrado pelo texto da Constituição Federal de 1988, dada sua ausência nas hipóteses arroladas no artigo 55 da Carta Magna. Para Moreira Alves a filiação partidária constituiria apenas condição de elegibilidade, não havendo que se falar nela como causa de perda de mandato. Assim decidiu-se:

- Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu.
- A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes.
- Mandado de segurança indeferido.⁷

Insta ressaltar que o entendimento prevalente à ocasião não representou descaso com a condenável e incessante troca partidária por parte de congressistas. Decidiu-se em razão da opção explícita tomada pelo legislador constituinte, que abandonou a previsão de perda do mandato por infidelidade partidária, tal como constante no texto da Carta Constitucional de 1967/69.⁸ Conforme destaca Elival da Silva Ramos, “[...] o Ministro Moreira Alves, de maneira irrepreensível, apontou a incoerência do Constituinte, sem, entretanto, se pôr a fazer-lhe as

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 20.927. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010

⁸ Este documento estatuiu, em seu artigo 152, § 5º, “que perderia o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixasse o Partido cuja legenda foi eleito”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 251.

vezes, ao denegar o MS n. 20.927-5/DF.”⁹

Em caso mais recente, a Suprema Corte seguiu o entendimento estabelecido, conforme demonstra trecho da ementa do MS 23.405, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. **Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição.** 4. Controvérsia que se refere a Legislativa encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de Segurança julgado prejudicado.¹⁰ (grifo nosso)

Cumpra, no entanto, destacar a ressalva feita pelo então relator, que assinalou em voto proferido no caso ora analisado que

[...] a decisão do Tribunal apenas declarou prejudicado o *writ*, tendo em vista a perda de seu objeto. A menção à questão da perda de mandato por infidelidade partidária, tal como tratada na jurisprudência do Tribunal desde o MS nº 20.927, serviu apenas de *obiter dictum* e não pode servir de parâmetro para indicar posicionamento atual desta corte.¹¹

Passando à análise dos votos, vale destacar o posicionamento do Ministro Eros Grau, relator do MS 26.602/DF, que votou pela rejeição em sede preliminar dos mandados de segurança. Para o Ministro, restaria prejudicado o direito de defesa dos deputados federais cujos cargos estavam em jogo, não sendo o Mandado de Segurança a via adequada para a persecução do direito postulado pelas agremiações partidárias. Nas palavras do jurista,

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. **Pretende transformar este Tribunal em legislador**, trilhando a estreita via do manda-

⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 252.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 23.405. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.603. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010, p. 603-604.

do de segurança.¹² (grifo nosso)

De plano, percebe-se a preocupação do Ministro com os limites atingidos por eventual decisão do STF que consagrasse alteração de jurisprudência. Aqui se reporta ao termo *legislador* de forma crítica, restando evidente o desígnio de auto-contenção por parte do julgador. Mais a frente, Eros Grau externa novamente esta preocupação ao declarar que

Meu compromisso é com a Constituição. Não posso ir além do que ela me autoriza a ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto.¹³

No entanto, o posicionamento não foi acompanhado pelos demais colegas, que votaram pelo conhecimento dos pleitos. Passando ao mérito, restaram contrapostas duas linhas de raciocínio seguidas pelos Ministros. De um lado, aqueles que defendiam a manutenção da consolidada jurisprudência da corte, do outro, a maioria vencedora, que propunha a formação de novo entendimento, nos moldes do que fora decidido pela mais alta corte eleitoral.

O Ministro Celso de Mello, relator do MS 26.603/DF, e a Ministra Carmen Lúcia, relatora do MS 26.604/DF, conduziram a maioria do pleno. A argumentação centrava-se, essencialmente, na consagração do princípio da representatividade dentro do sistema político brasileiro, implicando na adoção do critério da fidelidade partidária. Partiu-se da crença de que o mandato parlamentar pertenceria antes ao partido, funcionando o mandatário como instrumento de ligação entre a agremiação e a população votante.

Não havendo previsão textual da perda de mandato por infidelidade partidária na Lei Fundamental, como alertara em seu voto o Ministro Eros Grau, a maioria apoiou-se na interpretação de princípios constitucionais para fundamentar sua decisão. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos delinea que,

[...] por se cuidar de argumentação centrada em princípios constitucionais, foram alguns dos magistrados votantes procurar apoio no moralismo jurídico e na “princiologização”

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.602. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010, p. 204-205.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.602. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010, p. 229.

do direito, que lhe é característica, para construir a norma decisão.¹⁴

Tal desígnio resta evidente a partir de trecho de votos proferidos no âmbito dos Mandados de Segurança. A decisão do caso esteve ancorada na prevalência do princípio da representatividade e em seu caráter constitucional.¹⁵ A partir desta interpretação principiológica, seria possível afirmar que a fidelidade partidária foi consagrada pela Carta de Outubro, ainda que inexistente expressão textual.

Neste particular, é importante o alerta do professor Elival Ramos:

O princípio da representação proporcional, como qualquer princípio, constitucional ou não, pode-se desdobrar em institutos ou normas- regra, os quais se, por um lado, potencializam-lhe a eficácia, por outro, gozam de relativa autonomia em relação ao seu conteúdo prescritivo, no sentido de não constituírem uma decorrência necessária deste.¹⁶

Sob outro sentir, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou divergência, contrariando a tese vencedora. É de se destacar a posição mais ortodoxa do julgador, não tendo se guiado pela busca de soluções inovadoras, ou mesmo métodos interpretativos mais ampliados, para a resolução do caso. Sua postura pode ser caracterizada como auto-contenção, na medida em que optou por uma deferência ao legislador constituinte. Assim opinou Joaquim Barbosa:

[...] não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 248.

¹⁵ Não se deve ignorar a relevância do princípio da representatividade para o sistema democrático. Como afirma Schmitt, “the system of the democratic election rests on the idea of a representation”, o que decorre na afirmação de que “there is no state without representation”. SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*, p. 240.

¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 251.

mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes.¹⁷ (grifo nosso)

Vencedora a tese que propunha a vacância do cargo eleitoral em função da desfiliação partidária, restou por se decidir questão procedimental de fundamental importância para o desfecho do caso. Havendo alteração de entendimento do STF, o questionamento se dava em torno do momento a partir do qual aquela decisão surtiria efeitos.

Decidiu-se, por maioria, fixar a data da Resolução do TSE como termo inicial, na medida em que esta havia sinalizado aos parlamentares a possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária. Assim, foi denegada a ordem àqueles mandados que questionavam desfiliação ocorrida em data anterior à Resolução, sendo concedida a ordem apenas aos casos que advieram em momento posterior.

Neste particular, vale citar a divergência incitada pelo Ministro Marco Aurélio, que se manifestou contrário à fixação pelo tribunal da Resolução da corte eleitoral como marco temporal para que fosse possível se valer da nova interpretação constitucional. Neste tocante, também se manifestou criticamente Elival Ramos:

[...] o desbordamento ativista se deu também no tocante à modulação realizada pelo Supremo Tribunal, não em relação aos efeitos de suas decisões, mas em relação ao próprio direito dos partidos aos mandatos dos transfugas que por eles foram eleitos.¹⁸

A partir deste caso, observa-se a ascensão de uma postura ativa por parte do Supremo. Abandonou-se entendimento prévio em favor de interpretação mais proativa do texto constitucional. Mais ainda, os votos proferidos demonstram não apenas um compromisso com a Lei Fundamental, mas um propósito político de melhora do sistema eleitoral brasileiro e uma auto-affirmação de poder político por parte do Judiciário, ainda que ressalvado pelo Ministro Gilmar

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.602. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010, p. 289.

¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 255.

Mendes que “a função política aqui não é política partidária exatamente porque quem define limites de competência, inclusive os da sua própria, exerce um papel político”¹⁹.

Nesse sentido, cumpre citar trecho do voto do Ministro Ayres Britto, em que se reafirma a condição alcançada pelo Supremo Tribunal Federal na organização dos Poderes da República:

A legitimidade do Judiciário – e, mais de perto, a do Supremo Tribunal – deflui da Constituição. O guardião da Constituição é também legítimo, porque defende uma vontade normativa nacional, depositada no Texto Magno, que é permanente e transgeracional desde o nascedouro.

São duas democracias, duas legitimidades. A nossa não é eletiva. ***Não fomos eleitos, mas somos os supremos guardiões da Constituição.*** Dessa guarda maior retiramos a nossa legitimidade.

Desse modo, interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes, ***não é usurpação, é isso que nos cabe fazer.*** E nessa medida, conforme Lourival Vilanova, cumprimos uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica.²⁰ (grifo nosso)

O sentido de “higienização” do sistema político, promovido em diversos trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, demonstra clara inconformidade com os caminhos tomados pelo sistema eleitoral brasileiro. Assim, observam-se algumas linhas de justificação da atuação ativista por parte do Supremo Tribunal.

Algumas são de índole teórica, como é o caso do impacto do moralismo jurídico e sua vertente difusa tupiniquim, o neoconstitucionalismo, que começa a se fazer sentir na jurisprudência do STF. Outras, conjunturais, são de ordem institucional, como a deteriorização dos costumes políticos (a troca constante de legendas, em geral por interesses pessoais, nem sempre compatíveis com o decoro parlamentar...)

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.602. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010, p. 297.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.602. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010, p. 297.

e a demora do Congresso Nacional em disciplinar a matéria, em nível constitucional e legal.²¹

Resta evidenciado, por ora, que o caso representou uma nova postura da Corte Suprema. Ao se apoiar no princípio da proporcionalidade para impor a fidelidade partidária como norma constitucional, os Ministros assumiram incumbência que outrora foi relegada aos membros do Congresso Nacional. Aqui, atuou-se de maneira ampliada, rompendo com fronteiras previamente estabelecidas, e demonstrando que atual descrença que assola o Poder Legislativo brasileiro não mais se esgota na esfera da opinião pública. Trata-se de uma desconfiança institucional, que faz com que juízes sobreponham-se ao legislador para não apenas suprir sua inoperância, mas também controlar seus descaminhos.

IV.2 Caso: mandado de injunção sobre greve dos servidores públicos

O mandado de injunção foi uma inovação proposta pela Carta Constitucional de 1988. O novo instituto processual foi criado com o intuito de resguardar aqueles cidadãos que se vissem privados do exercício pleno de direitos e prerrogativas previstos na Constituição, mas carentes de norma regulamentar. Sua previsão está disposta no inciso LXXI do artigo 5º da Lei Fundamental.²² Trata-se de mecanismo destinado ao controle da omissão legislativa inconstitucional.

De pronto, percebe-se o potencial deste instrumento processual como elemento catalisador do processo de judicialização da política. Ao criar determinada medida destinada a verificar a inação do legislador, o constituinte transfere ao Poder Judiciário parcela de poder, contribuindo para a ampliação de competência dos tribunais.

No entanto, a postura tímida do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto nos primeiros anos após a promulgação da Constituição Federal tornou clarividente o papel da atuação da corte na delimitação dos marcos e fronteiras de sua própria competência. Como observa Vanice do Valle, “no início, de forma tímida, esse instituto limitava-se a reconhecer a omissão do legislador e o prejuí-

²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 255.

²² “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

zo do gozo de um direito fundamental, para declarar a mora e chamar a atenção da autoridade competente para suprir a omissão.”²³

Primeiramente, é necessário delinear o questionamento que funda a controvérsia envolvendo o mandado de injunção: “destina-se ele ao suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente?”²⁴ É dizer, debatia-se em que termos se daria a eficácia da ação, seja impondo um efetivo provimento jurisdicional para solucionar o caso concreto ou determinando que o órgão responsável pelo desígnio constitucional cumprisse com sua obrigação.

A matéria foi resolvida no precedente do MI 107, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Na ocasião, “[...] o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas.”²⁵

Conforme aponta Fábio Lima Quintas, a posição do Ministro Moreira Alves contrapunha-se àquela manifestada em parecer do Subprocurador-Geral da República Inocêncio Mártires Coelho. Para o membro do Ministério Público Federal, o mandado de injunção apresentava possibilidade de ampliada interferência do Judiciário sobre o Legislativo, necessitando, assim, da chancela do legislador para que pudesse ser utilizado. A crença era de que apenas após regulamentação do instituto por parte do Congresso Nacional estaria o Poder Judiciante dotado da legitimidade necessária para prover mandados de injunção.²⁶

Ao analisar a aplicação do mandado de injunção sob a ótica da separação de Poderes, Quintas observa que a interpretação prevalente no MI 107 confere ênfase a uma “dimensão negativa do princípio da separação dos Poderes, para limitar o provimento jurisdicional à notificação do órgão ou poder omissor na

²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 130.

²⁴ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano V, n. 20, mar./abr. 2008, p. 87.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1150.

²⁶ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano V, n. 20, mar./abr. 2008, p. 90.

regulamentação de um direito fundamental ou prerrogativa.”²⁷ Por esta perspectiva, é assumido que os Poderes são dotados de independência nos processos decisórios, sujeitando-se à interferência dos demais apenas quando previsto expressamente pelo texto constitucional.

Apesar de ser afirmado pelo Ministro Moreira Alves que o MI teria caráter mandamental, “o Supremo Tribunal Federal [...] diluiu essa mandamentalidade em declaratividade. Isso porque desproveu seu comando de qualquer força injuntiva.”²⁸

Essa crítica restou latente, sendo observada no campo jurídico e acadêmico até a virada de jurisprudência. Sob a ótica da disputa de poder político, esta orientação colide com o caráter protagonista que o STF assume atualmente. Assim, Vanice do Valle alerta que

A solução anteriormente conferida ao conteúdo possível da prestação jurisdicional a ser oferecida em sede de MI enfraquecia a corte, que se limitava à simples comunicação da inércia legislativa, sem fixar o prazo para a atuação do poder omissor.²⁹

O instituto, no entanto, sofreu a primeira virada jurisprudencial nos MI 283 e MI 284. Como afirma Gilmar Ferreira Mendes, “[...] sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente partilhada.”³⁰ Para tanto, foi fixado um prazo determinado para que o Poder Legislativo cumprisse com o dever constitucional que lhe fora incumbido. Não havendo solução e decorrido o prazo estipulado, os direitos consagrados na constituição seriam satisfeitos no caso concreto. Como explica Mendes,

No Mandado de Injunção n. 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora

²⁷ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano V, n. 20, mar./abr. 2008, p. 93.

²⁸ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano V, n. 20, mar./abr. 2008, p. 94.

²⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 64.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1153.

legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.³¹

O caso envolvia regulamentação do artigo 8, § 3º do ADCT, versando sobre recuperação pecuniária a perseguidos por portaria do Ministério da Aeronáutica. O prazo previsto constitucionalmente era de 12 meses, sendo descumprindo de maneira inexplicável. Assim definiu-se prazo de 60 dias para edição de norma, sob pena de reparação por perdas e danos por parte da União. Fábio Quintas enumera as condições particulares do caso:

i) a inércia do Poder Legislativo; ii) a superação do prazo constitucional assinado para a edição da lei, pela própria Constituição; iii) a situação dos titulares do direito subjetivo (que corriam o risco de nunca verem cumprida a promessa constitucional, dada a idade avançada); iv) a explicitação contida na norma constitucional do conteúdo do direito subjetivo carente de regulamentação (reparação pecuniária); v) a existência de identidade entre a pessoa jurídica que devia editar a norma e a que deveria suportar a obrigação constitucional (ambas são a União).³²

Outra inovação digna de nota ocorreu no MI 232, que tratava do alcance do § 7º do artigo 194, da Constituição Federal, versando sobre isenção das contribuições previdenciárias para entidades beneficentes e de assistência social.

No Mandado de Injunção n. 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse lei referida do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida.³³

Prover a solução ao caso concreto, no entanto, não seria o mais indicado nos casos dos MI 670, MI 708 e MI 712, que versavam sobre o direito de greve dos servidores público. Havia precedentes consolidados que negavam o exercício do referido direito sem que houvesse lei regulamentadora. Como observa Gilmar Mendes, ainda

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1151.

³² QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano V, n. 20, mar./abr. 2008, p. 97.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1152.

No Mandado de Injunção n. 20 (Rel. Celso de Mello, DJ de 22-11-1996) firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva.³⁴

O atraso do Legislativo na edição da norma complementar, no entanto, assumiu um caráter excessivo. Passavam-se dezessete anos da promulgação da Carta Política sem que houvesse uma solução jurídica para comportar o direito de greve dos servidores. A inação do legislador tomou aqui proporções inaceitáveis, tendo em vista que “[...] não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve.”³⁵

A atuação da Suprema Corte no caso visou suprimir de maneira eficaz esta lacuna legislativa. Por isso mesmo, o Ministro Gilmar Mendes alega que “o alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.”³⁶

A fundamentação dos Ministros se deu com base na passividade da Corte que marcara o instituto do Mandado de Injunção e na efetivação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Neste particular, a argumentação desenvolve-se, em certa medida, conforme teses inspiradas no pós-positivismo. Assim,

[...] a tese da força normativa da Constituição e o papel de protagonista institucional conferido ao Poder Judiciário pelas teorias neoconstitucionalistas fornecem razões teóricas para justificar uma postura ativista pelo tribunal em casos – desarrazoados – de omissão legislativa.³⁷

A crença aqui é a de que não haveria quaisquer problemas, sob a ótica da separação de Poderes, de ação do Judiciário visando corrigir omissão legislativa insustentável. Por isso, “não se estaria – na oferta desse tipo de prestação jurisdicional – legislando, mas desenvolvendo função normativa, compatível

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1154.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1157.

³⁶ MEDEIROS, Rui *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 1156.

³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 131.

com o compromisso, do instituto, de efetivar o texto constitucional.”³⁸ O voto do Ministro Gilmar Mendes (relator para o acórdão) no âmbito do MI 670 é esclarecedor nesse sentido:

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.³⁹

No caso, se reconheceu não apenas a omissão legislativa, como houve o provimento jurisdicional em caráter geral, ou seja, aplicando-se a decisão para todos, e não apenas aqueles envolvidos no caso concreto. A partir dos entendimentos suprapostos, “[...] o Ministro Gilmar Mendes enxerga um viés normativo, *erga omnes*, do mandado de injunção” de forma a “[...] proceder-se a ‘uma intervenção mais decisiva’ para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, pelo próprio Judiciário.”⁴⁰ Com isto,

[...] o mandado de injunção ganhou novos contornos: passa, agora, claramente a assumir uma postura de criação normativa, fruto do interesse subjetivo do impetrante somado ao poder-dever do Estado, de editar a norma faltante.⁴¹

A idéia imanente é a de que “[...] não se trata de contemplar um direito subjetivo, mas garantir a efetividade da Constituição no seu sentido objetivo, com impacto geral.”⁴² Nesse sentido, a atuação proativa da corte seria o melhor caminho para concretizar os valores dispostos no texto da Lei Fundamental.

³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 59.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Processo n. 670. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 23.01.2010.

⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 130.

⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 132.

⁴² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 131.

A decisão orientada pelo resultado caracteriza o ativismo judicial no caso. Como assinala Vanice do Valle, ao promover tal decisão no âmbito do Mandado de Injunção,

[...] o tribunal decide de forma prospectiva, voltada para o futuro, em lugar do que geralmente se espera do aplicador da lei, a solução de problema pretérito, à luz de hipótese ou valores previamente definidos.⁴³

Percebe-se, no caso, o desenvolvimento histórico iniciado por uma deferência, talvez excessiva, do STF em relação ao Poder Legislativo, que foi se esvaindo na medida em que a Corte Constitucional foi assumindo uma nova orientação e a ineficiência do legislador permaneceu patente. O Mandado de Injunção, mecanismo processual erigido pelo constituinte originário, é um elemento evidente de judicialização da política, na medida em que transfere nova competência à esfera judicial, porém a maneira pela qual a Corte Suprema se valeu do instituto passou de uma inicial passividade extrema para o ativismo judicial que marcou o precedente mais recente.

⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 133.

CONCLUSÃO

The Supreme Court has made its grab for power.
The question is: will we let them get away with it?¹

Larry D. Kramer

Não há quaisquer evidências empíricas de que esteja em andamento um processo de politização do Judiciário no sentido partidário do termo, temor maior de teóricos como Carl Schmitt que alertavam para o perigo dos Tribunais Constitucionais. Não obstante, resta patente a proeminência do Poder Judiciante nas democracias contemporâneas e a entrada cada vez maior de questões políticas dentro da esfera jurídica.

Este fenômeno pode ser caracterizado como uma tentativa de domesticação jurídica de problemas políticos que não são resolvidos adequadamente na esfera majoritária. Nessa estrutura decisional, a Suprema Corte brasileira se infla de poder à medida que assume a posição de detentora da palavra final nos conflitos de maior relevância para a democracia do país.

Essa sobreposição da Corte dentro da estrutura de Poderes do Estado altera significativamente a dinâmica de funcionamento das instituições.² Os atores políticos envolvidos no jogo democrático passam a contar com mais uma variável para calcular suas ações.³

¹ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 249.

² “A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo.” VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 447

³ “Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa.” VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 448

Todavia, é importante mais uma vez ressaltar que tal processo em nada se relaciona à postura ou intenção dos juízes e tribunais. A judicialização da política no Brasil tem sua origem na vontade do constituinte originário, que constitucionalizou matérias que antes estavam fora do âmbito da Carta Política. Assim, quase tudo se tornou passível de decisão judicial, na medida em que toda matéria é constitucional. As razões apontadas para tal movimento vão desde uma desconfiança em torno do Poder Legislativo, ocasionada pela insuficiência de sua atuação no contexto do Estado Social, até o interesse político e econômico de determinadas elites em retirar certas questões da esfera de decisão da política majoritária. Como afirma Hirschl,

[...] the global trend toward judicial empowerment through constitutionalization should be understood as part and parcel of a large-scale process whereby policy-making authority is increasingly transferred by hegemonic elites from majoritarian policy-making arenas to semiautonomous, professional policy-making bodies primarily in order to insulate their policy preferences from the vicissitudes of democratic politics.⁴

Da judicialização, sobremaneira, erigiu um fenômeno distinto que, este sim, pode ser atribuído à atuação recente do Pretório Excelso. O ativismo judicial observado em casos recentemente decididos pela mais alta corte do país sugere uma nova postura dos juízes em face das condições apresentadas pela democracia brasileira. Através de decisões paradigmáticas, que rompem com entendimentos já consolidados, o Supremo não apenas se impõe como guardião da Lei Fundamental, mas amplia seu escopo de atuação e adentra perigosamente as fronteiras delimitadas entre os Poderes.

⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 16.

Esta nova orientação da corte, que apresenta peculiaridades não observadas em outros contextos⁵, tem inspiração teórica no denominado pós- positivismo. A atividade interpretativa constitucional mais proativa, através de um alavancamento inesgotável de princípios constitucionais vagos, flexíveis e maleáveis pode ser associada ao neoconstitucionalismo. Como observado por Valle, “[...] as principais teses do constitucionalismo – como a metodologia da ponderação e o princípio instrumental da proporcionalidade [...] exerceram um papel também importante na motivação dos ministros nesses casos.”⁶ Como bem alertado por Elival Ramos da Silva,

A afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta.⁷

Ainda que possam ser observadas falhas na dinâmica de atuação dos demais Poderes, não se pode sustentar que o bem da democracia dependa da intromissão judicial em esfera de competência do Legislativo ou do Executivo. O argumento de que todo vácuo há de ser preenchido não confere autoridade às cortes judiciais para que atuem casuisticamente na resolução de patologias do sistema democrático que não lhe dizem respeito.

Ao analisar a atuação recente do Supremo Tribunal sob enfoque deveras pragmático, avaliando simplesmente o acerto ou desacerto de decisões no caso concreto, pode-se perder de vista o movimento mais amplo que pode assolar todo o sistema político. Ao interferir sistematicamente em situações que não lhe

⁵ Marcos Paulo Veríssimo fala em um ativismo judicial à brasileira, argumentando que o “[...] fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo ‘à brasileira.’” VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, 20 anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista DireitoGV*, a. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 415.

⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 134. Vale destacar que a autora confere prevalência, no entanto, a uma dimensão pragmática das decisões pretorianas.

⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 250.

dizem respeito, o Judiciário não fornece soluções, mas passa a ser grande parte do problema.

Da mesma maneira, ao inflar politicamente seu âmbito de atuação, a Suprema Corte invoca para si problemas e questionamentos que antes estavam adstritos a outras esferas de poder. Como afirma Oscar Vilhena Vieira,

Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas consequências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.⁸

O próprio fundamento da legitimidade da jurisdição constitucional é abalado. Não mais se vislumbra o caráter mítico que é ponto nodal na legitimação do Judiciário como guardião da Constituição. Como alerta Larry Kramer,

When courts become salient, people become exposed to the symbolic trappings of judicial power – ‘the marble temple, the high bench, the purple curtain, the black robes.’ ... Thus, the effect of displeasure with a particular court decision may be muted by contact with these legitimating symbols. To know courts is indeed to love them....⁹

O ativismo judicial é, assim, elemento de deslegitimação do próprio exercício da jurisdição constitucional. A Supremocracia¹⁰ se vê ameaçada no fundamento de sua legitimidade à medida que rompe com os limites do aceitável.

⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 453.

⁹ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 336-337.

¹⁰ Para Oscar Vilhena, “em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. [...] Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.” VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, , jul./dez. 2008, p. 444-445.

A solução para a crise de representatividade do Legislativo, ou dos excessos do Executivo, pode estar, como alegam alguns¹¹, na proposição de uma reforma política que possa combater de maneira eficaz os problemas que assolam a democracia brasileira. O que se argumenta, aqui, é que a solução certamente não reside na atuação irregrada de um tribunal composto por onze cidadãos não eleitos.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1962

BRASIL. Constituição (1988). 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 20.927. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 23.405. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.602. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo n. 26.603. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28.01.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Processo n. 670. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 23.01.2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.526/2007. Disponível em: <www.tse.jus.br> Acesso em: 16.01.2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, v. 15, p. 01-15, 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

EHRlich, Walter. Scott v. Sandford. in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 322-324.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GILLMAN, Howard. Bush v. Gore, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 47-48.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, vol. 58, n. 5, p. 01-54, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, dez. 2001.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JOHNSON, Herbert. Marbury v. Madison, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 203-205.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KENS, Paul. Lochner v. New York, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 189-192.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, p. 1442-1477, oct. 2004.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*. Porto Alegre, ano V, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002.
ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven and London: Yale University Press, 2006

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008

STEAMER, Robert. Brown v. Board of Education, in: HALL, Kermit; ELY JR., James. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 38-41.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v.2, p. 9-26, 2007

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2000

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare*

VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: *The global expansion of judicial power*. VALLINDER, Torbjörn & TATE, C. Neal (Orgs.). New York: New York University Press, 1995, p. 13-26.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, 20 anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista DireitoGV*, a. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desafios supremos. *Conjuntura Econômica*, v. 63, n. 3, p. 38-39, mar. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

FABÍOLA MARIA DE LIMA E SILVA

PARA INOCENTAR CAPITU:
A CRÔNICA DE UMA TRAJETÓRIA PROCESSUAL

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador:
Professor Luiz Patury

Para minha família
Cléo e Tomaz, meus pais, por permitirem asas a meus sonhos
João e Júnior, meus irmãos, pela musicalidade em minha vida

Agradeço a Nosso Pai e Nossa Senhora, que me protegem nessa caminhada.

Ao meu orientador Professor Patury, por ajudar a transformar minhas idéias em uma monografia. E pelos tantos litros de café que tomamos nos bancos e nas calçadas do Ceub, enquanto conversávamos sobre este trabalho.

À Dra. Ana, Terezinha e Suely.

A todos meus amigos que ouviram este caso.

RESUMO

A presunção de violência, agora chamada vulnerabilidade adota como parâmetro um critério frágil: a idade da vítima. Afirmar que jovens com 12 ou 13 anos não têm consciência sobre sua própria sexualidade vai de encontro com aquilo que se observa nos dias de hoje. É por este motivo que a jurisprudência fez uma adequação ao significado do conceito, que visa proteger a liberdade sexual, para considerá-lo relativo. Desta forma, somente na análise de cada caso é que se pode verificar a ocorrência ou não da tipicidade material, se houve de fato uma afronta ao bem jurídico tutelado. Este é um relato sobre a manufatura de uma decisão judicial e as diversas linguagens que estiveram presentes para formar a convicção do magistrado. Partindo de um contato distanciado, está apresentada uma análise do Direito sob diferentes perspectivas. Dentre elas, mereceu destaque a presença do senso comum e a análise do discurso da decisões.

Palavras chaves: Relativismo, senso comum, romance em cadeia.

APRESENTAÇÃO

Este é um trabalho em que está proposta uma reflexão sobre a aplicação da Lei ao caso concreto, um retrato sobre como juízes e desembargadores decidem quando estão diante de casos peculiares. Este é um estudo de caso sobre uma moça sentenciada por atentado violento ao pudor combinado com a presunção de violência.

Dos autos n. 2005.01.1.009673-8 foi interposta apelação. A juíza com quem trabalho estava convocada para a segunda instância, foi designada revisora desse caso e era minha função fazer o voto. Na capa do processo tinha escrito a lápis: artigos 224 e 214. Isso significa que a vítima é menor de 14 anos, e por isso não teria ainda a consciência sobre sua própria sexualidade, motivo porque, ainda que não tenha ocorrido violência real, esta é presumida, pela condição de inocência da vítima. Não é fato comum. Seria, se um homem fosse o acusado e a vítima, uma menina. Começa-se a imaginar coisas, e a primeira imagem que me veio à mente não foi propriamente um garoto, mas um menino, um menininho e um mulherão, fazendo com ele uma série de atrocidades.

Enquanto eu escrevia este trabalho, veio à mente uma figura da literatura brasileira que muito intriga. Capitu, a menina com olhos de cigana oblíqua e dissimulada, a quem Bento se refere da seguinte forma:

Todo eu era olhos e coração, num coração que desta vez ia sair, com certeza pela boca afora. Não podia tirar os olhos daquela criatura de quatorze anos, alta, forte e cheia, apertada em um vestido de chita, meio desbotado. Os cabelos grossos, feitos em duas tranças, com as pontas atadas uma à outra, à moda do tempo, desciam-lhe pelas costas. Morena, olhos claros e grandes, nariz reto e comprido, tinha a boca fina e o queixo largo. As mãos, a despeito de alguns ofícios rudes, eram curadas com amor; não cheirava a sabões finos nem águas de toucador, mas com água do poço e sabão comum trazia-as sem mácula. Calçava sapatos de duraque, rasos e velhos, a que ela mesma dera alguns pontos (ASSIS, 1998, P. 33).

Machado de Assis desenhou uma personagem, um enigma e lançou uma dúvida que permanece até hoje. O ponto de encontro entre o romance de Machado este caso é a atitude, o comportar-se de duas mulheres que as colocaram frente a tal questão: Inocentes ou culpadas do seu poder de sedução? Por isso, com a devida licença poética, refiro-me à acusada como Capitu, e Bento, à vítima. Este é, portanto, o “caso Capitu”.

Apresento como primeiro capítulo a reflexão sobre a distância de Carlo Ginzburg. O trabalho tem um excesso de pessoalidade, por que tratam de minhas reflexões, e da minha experiência como assessora e como este processo chamou minha atenção. Não foi somente por ser incomum. Mas porque a forma como ele foi decido, a confecção da sentença e dos votos, me causou um choque. Ver a lei se transformar em jurisdição.

No início, tudo era estranhamento. Uma prateleira repleta de processos cor-de-rosa, com dois, três, quatro volumes. É a cor que indica: dentro encontrarás estórias arrepiantes, assassinatos premeditados e ainda inexplicados, psicopatas incontrolados, maníacos sexuais, estupros, imagens de cadáveres estendidos ao longo de uma rodovia interestadual. Tudo digno de um conto de Edgar Allan Poe. Mas não. Tais estórias remetiam a fatos da vida real. E estavam ali, nas páginas de uma narrativa particular, dentro de um processo judicial. Estavam ali porque os protagonistas dessas histórias, ou as suas vítimas buscavam um desfecho diferente para a sentença que marcava o ponto final.

O caso “Capitu” me fez lembrar as decisões com base em princípios, como em Dworkin. O fato tinha um enquadramento perfeito na lei, e comando era pena: reclusão de 6 a 10 anos. Entretanto, a concessão feita ao juiz de ser um legislador segundo, esse nível de subordinação não foi a melhor forma de aplicar o direito. Era a legislação, e sua carga política de assegurar uma espécie de moralidade coletiva, em confronto com um direito individual.

Passada a fase do estranhamento, a análise segue da seguinte forma: primeiro apresento como o artigo 224 é tratado pela jurisprudência e o papel dela como elemento conformador. Depois utilizo as idéias de Rorty para ilustrar como o senso comum é um elemento de relativização. Tem-se que o juiz recorre a outras argumentações para dar maior legitimidade à decisão. Neste caso, as opiniões de pessoas leigas foram relatos ponderados para se chegar à conclusão de que o garoto não tinha a inocência protegida pela lei. Há ainda a interpreta-

ção de Dworkin do Direito como romance em cadeia. A vitimologia entra na análise como uma possibilidade que pode ser adotada para interpretar a palavra da vítima. No final o caso é contado a partir de minha perspectiva, em forma de uma crônica.

O ESTRANHAMENTO

As ficções artísticas assim como as ficções jurídicas falam de realidade.

No primeiro ensaio que inicia uma série de nove reflexões sobre o distanciamento, Ginzburg (2001, p. 16) apresenta a idéia de que nossas práticas habituais levam ao automatismo. Não pensamos sobre o ato de segurar uma caneta, pois a primeira experiência, aquela que poderia sugerir algo de novidade se desfaz em suas infinitas repetições. “A vida passa, se anula. A automatização engole tudo. Coisas, roupas, a mulher, o medo da guerra”. A análise refere-se à arte como instrumento de estranhamento. Ao olhar uma obra de arte estaríamos diante daquilo que nos é familiar e que teria se tornado automático, mas sob uma nova perspectiva. Então, a nós, observadores, apresenta-se outra sensibilidade, um meio para reavivar nossa percepção.

Mas o que uma reflexão que parte da análise de obras de arte tem a ver com o Direito? Muita coisa. A automação, a repetição sem fim das atividades cotidianas também se observa na atividade jurisdicional. Isto é, o labor do juiz é analogamente automatizado pela repetição, assim como acontece com o ato de segurar uma caneta. São centenas de decisões e sentenças proferidas todos os meses. Torna-se, inevitavelmente, uma atividade automática. Tudo se torna familiar o bastante, fácil e compreensível. Cotidiano. Sem falar na pressa (na pressão) que a demanda impõe. Não há muito tempo para se debruçar sobre as questões, essas são muitas, muitas. A repetição, a proximidade do juiz com a sua atividade que faz com que aquilo não tenha nada de novo ou interessante para apresentar.

A auto educação moral requer, antes de mais nada, que se anulem as representações erradas, os postulados tidos como óbvios, os reconhecimentos que nossos hábitos perceptivos tornaram gastos e repetitivos. Para (bem) *ver* as coisas devemos, primeiramente, olhá-las como se não tivessem nenhum sentido (GINZBURG, 2001, p.22).

Ginzburg coloca que, no ensaio sobre canibais, Montaigne relata que três índios brasileiros levados à França foram questionados sobre o que mais os impressionara naquela sociedade até então desconhecida.

Primeiramente, que indivíduos adultos e armados (a guarda suíça) obedecessem a um menino (o rei da França) ao invés de escolherem um verdadeiro chefe

Em segundo lugar, espantou-lhes o fato de co-existirem homens cheios até o pescoço de todo o tipo de riquezas e outros (aos quais denominaram metade homens) mirrados pela fome e pela pobreza. Acharam estranho que essas metades necessitadas pudessem tolerar tal injustiça e não agarrassem os outros pelo colarinho, ou não tocassem fogo na casa deles. (GINZBURG, 2001, p. 29).

Essa situação é colocada para ilustrar a percepção que a distância é capaz de incitar e emerge daquilo que é ocultado pelo hábito e pela convenção. Um aparente desconhecimento. Aqueles índios brasileiros são estrangeiros, vivem de forma diversa dos cidadãos franceses. Mas foi a ignorância que os permitiu perceber além. A ingenuidade particular àqueles índios ilustra o estranhamento que paralelamente quero fazer observar neste trabalho. “Compreender menos, ser ingênuos, espantar-se, são reações que podem nos levar a enxergar mais, a aprender algo mais profundo, mais próximo da natureza” (Ginzburg, 2001, p. 29).

Por isso, as idéias sobre as quais me proponho a refletir muito falam sobre a distância. Esta que se apresenta em diversos níveis. A distância da lei positiva em relação aos fatos, a distância da jurisprudência em relação à lei, a distância do juiz em relação ao fato, a distância do processo, a distância inevitável que se faz presente com a síntese das palavras, o discurso distorcido pela distância. Fora o número sem fim de distâncias intrínsecas, há outra distância extrínseca da qual parte a análise. Trata-se da minha distância, do meu contato distanciado com o processo. Eu estava para o processo assim como os índios brasileiros estavam para a sociedade francesa. Foi essa distância quiçá ingênua a chave da porta de minhas idéias e que me permitiu o estranhamento. Fosse eu juíza com décadas de experiência não poderia ter franzido a testa ao ler o processo, tampouco poderia chegar às reflexões que fiz. Não teria o necessário distanciamento para olhar a jurisdição como a estranha novidade que se apresentava para mim. Seria

eu apenas mais uma vez segurar a caneta pela milésima vez e a proferir mais uma decisão no contato insensível levado pela automação.

Eu poderia falar sobre a presunção de violência a partir dos próprios conceitos jurídicos, ou seja, dissertar sobre o tema desde a ótica do Direito. Creio que seja o esperado de uma monografia. Afinal passei 5 anos de graduação para aprender a manipular essa linguagem. Falar do Direito, nesse ponto particular usando a linguagem jurídica, apresentar uma questão controversa, uma problemática e diversos entendimentos sob o ponto de vista daqueles que estão imersos no universo do Direito. Metalinguagem. Não, não farei a usual metalinguagem. Usarei dela, mas em parte. Porque o que me chamou atenção e o que me instiga nesse momento somente poderá ser dito a partir de um olhar distanciado. Evidente, refiro-me sim à lei, ao artigo 224, à jurisprudência. Entretanto, vou um pouco além. Daí parte o que me parece uma reflexão sobre a atividade do juiz, sobre o Direito, e tudo o que aquele processo rosa e seus desdobramentos me fizeram refletir, porém de outras perspectivas.

A INOCÊNCIA SOB A ÓTICA DA LEI

Ciência jurídica. Sistema lógico, estrutura hermeticamente fechada, guiada e explicada por suas próprias fontes e princípios. Como toda ciência que se preze está bem longe do senso comum. Trata-se de uma leitura mais tradicional sobre o Direito. Sistema que não se mistura com nenhum outro além de ter a condição de se auto-definir e solucionar por si só as incongruências que possam aparecer. Um enunciado normativo, contém (conteria), dessa forma, toda a estrutura em si pelo que se mantém(manteria) a coesão do sistema. Além disso, todo e qualquer conflito observado não seria mais que mera aparência porque o sistema tem os mecanismos para a resolução, o que dá a impressão de auto suficiência da legislação em alcançar o objetivo de regular os conflitos sociais. Mas (e esse é ponto central de toda a discussão), no que se refere à aplicação da lei ao caso concreto, há uma série de interferências que não estão positivadas e nem parecem, sob o ponto de vista do sistema, importantes para a resolução dos conflitos, apesar de fazerem parte da atividade jurisdicional. Digo isso porque em nenhum momento tive a visão, ou a visualização nos 4 anos e meio em que sou graduanda, de que a lei pudesse apresentar tamanhas distâncias do fato. Do fato concreto, este indubitavelmente inatingível, mas distante também da realidade a partir da qual um processo é construído. A jurisprudência ou a doutrina sempre davam um jeitinho. Tudo poderia ser captado, apreendido explicado, por fim digerido por aquele belíssimo sistema.

Não é mais de se aceitar como já o pretenderam os clássicos, uma idéia de sistema fechado (...) Observa-se que a idealização de um direito penal moderno, inserto que é em uma sociedade de risco, só pode ser entendida desde uma perspectiva do direito penal como um sistema aberto, bastante próprio da teoria funcional luhminiana. Em assim sendo, a dogmática penal e a construção do Direito pretendendo solucionar a problemática posta pelos tempos atuais impelem a uma observação jurídica em virtude de um sistema aberto, o que parece mais adequado. (SIVEIRA, 2008, p. 29)

Presunção de violência e seu lugar no sistema

A presunção de violência, ou como era chamada à época, violência ficta, é contemporânea do Código Penal de 1890 e foi inicialmente tratada da seguinte forma:

Art. 172: Presume-se cometido com **violência** qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos.

O Código de 1940 modificou a idade limite para a presunção de inocência, ao seguinte argumento: “*com a redução do limite de idade da vítima, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais*” (Silveira, 2008, p. 217). No artigo 224 a presunção passou a ter o seguinte tratamento: Presume-se a violência, se a vítima não é maior de catorze anos.

Os crimes sexuais têm como bem jurídico tutelado a auto determinação sexual. Apesar de todo ato sexual conter um grau de violência, a criminalização significa, portanto, um dissenso entre as pessoas envolvidas. Deve haver uma resistência por parte da vítima no sentido de demonstrar que não consente, independente do grau de violência aplicado. Se houver o consentimento da vítima, não haverá crime. Isso é bem óbvio porque a esfera da liberdade sexual do indivíduo não será atingida do que decorre que o ato de violência não merece reprimenda.

A legislação considera algumas situações nas quais os componentes da violência, (emprego de força resistida) não estão presentes, e ainda assim, o ato é tido como violento. Para a legislação há atos que não necessitam de uso de violência real, sendo que a situação se torna violenta por equiparação.

O legislador entendeu por bem que, subjetivamente, deveria ser considerada presente a idéia de implemento de força, já que em determinados casos, a vítima poderia ter tolhida a capacidade de resistência, como se vítima de violência tivesse sido (SILVEIRA, 2008, p. 213).

A premissa desse posicionamento é que somente na impossibilidade de consentimento é que se poderia falar de violência. Entretanto, é preciso ter em mente que estamos tratando de uma realidade que não condiz com o mundo real, mas produz efeitos jurídicos, porque se atribui ao fato uma relevância jurí-

dica. Trata-se de uma ficção. A violência resta caracterizada não por ter ocorrido, ou seja, a violência não é fato, mas torna-se fato, revestido de relevância jurídica, por uma condição: a de que o menor de 14 anos não pode oferecer resistência.

Os argumentos doutrinários (Nucci, 2005; Delmanto, 1998; Prado, 2000; Bittencourt, 2002) colocam a presunção de violência como conceito controverso que teve de passar por uma releitura jurisprudencial no sentido de considerá-la relativa e não absoluta. Isso é um dado. A apreensão da idéia de uma inocência da vítima é de plano objeto de re-interpretação pela doutrina e pela jurisprudência. É como se o fato fosse por diversas vezes assimilado, o que faz com que tenha diversas leituras, sobrepostas, primeiro pela lei, depois pela jurisprudência, o que torna complexa a tentativa de explicar a assimilação do fato pelo Direito.

Delmanto (2000) discorre sobre o tema apontando para a inconstitucionalidade em se considerar a presunção de violência um conceito absoluto por tratar-se de uma responsabilização objetiva, desprezando a responsabilidade subjetiva o que vai de encontro com o princípio de que sem culpa não há pena e apresenta os seguintes argumentos

- 1) pune-se com pena igual aquele que realmente utiliza violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que por exemplo mantém relação sexual com uma menina de 13 anos sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito
- 2) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando-se como mulher feita, pode ter mentido a respeito.

Bittencourt (2004, p. 889) cita julgado do TJDFT nos seguintes termos:

O princípio do contraditório e a presunção que não admite prova em contrário, *juris et de jure*, são noções antitéticas. Assim, a constituição de 1998 não recepcionou a presunção *juris et de jure* para a exegese do artigo 224, a, do CP. Violência ficta haverá, sim, quando a vítima na faixa etária cogitada, for mesmo incapaz de consentir. Muitas vezes essa presunção exsurge nítida, preto no branco, por exemplo, em relação a uma vítima de dez ou onze anos. Todavia, há uma área cinzenta, em que não se pode desconsiderar a prova favorável ao acusado

Nucci (2005) coloca como ponto relevante para debate que não seria razoável a hipótese do artigo 224 não comportar prova em contrário. Cita, para tanto, o exemplo de uma menina de 13 anos, prostituída, que teria tido inúmeras relações sexuais não poderia ser considerada incapaz de dar seu consentimento. Mas coloca que a presunção deve ser considerada absoluta, salvo raras exceções. Em suas próprias palavras:

Não se está defendendo a possibilidade de tornar relativa a presunção de inimizabilidade do menor de 18 anos, pois para incriminar, não se pode utilizar instrumentos de equidade, embora, para descriminalizar, como é o caso 224, seja possível. Ressaltemos, outrossim, que não há incompatibilidade em buscar uma solução mista, diante da importância e delicadeza que o caso requer: Como parâmetro geral, não devem os juizes imergir na produção de provas acerca da honestidade da vítima, e sua capacidade de consentimento, caso sejam menores de 14 anos, pois a presunção é, por via de regra, absoluta, não aceitando prova em contrário. É o que se pode sustentar para evitar a banalização da proteção conferida pela lei penal, evitando-se com isso a prostituição infantil e o abuso contra a criança e o adolescente, que a constituição buscou assegurar (art. 227,§ 4º). Dessa forma não se admite a discussão da capacidade de consentimento da ofendida. Seria ilógico debater nos autos a honestidade de uma menina de nove anos de idade...Entretanto, chegando a jovem a idades mais elevadas, saindo da esfera da criança e alcançando o estágio de adolescente (maior de 12 anos), cremos possível discutir a respeito da sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois, a presunção absoluta para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos, relativa para situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos. (NUCCI, 2005, p 810)

Prado (2002) conta que em 1890, quando prevista pela primeira vez a presunção de violência na legislação brasileira, a doutrina brasileira inclinava-se por reconhecer, no caso, a presunção *juris et de jure* citando como adeptos a esse entendimento Chrysolito de Gusmão, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, Nelson Hungria, João Vieira, Bento Faria, Paulo Teixeira e Macedo Soares. Quando da vigência do código de 1940, alguns doutrinadores continuaram a manter esse

posicionamento, ainda que a vítima consentisse com o ato, tendo o entendimento se transformado para considerá-la relativa.

Argumentou nesse sentido Hungria que a melhor prova da alteração foi a supressão, por parte da Comissão revisora do projeto Alcântara Machado, da expressão “não se admitindo prova em contrário”, inserta na referida norma. Entende-se que, se o legislador adotou a presunção relativa nas hipóteses inseridas nas alíneas b e c, não seria de boa técnica não se admitir esse entendimento também na alínea a (PRADO, 2002, p. 269)

Para Prado, as transformações da realidade social tendentes a colocar o sexo como um assunto falado com mais abertura perante as crianças e os adolescentes é um fato que torna impossível afirmar que um adolescente com menos de 14 anos não tenha qualquer conhecimento quanto à sexualidade.

Estabelecer um critério etário para a autodeterminação sexual de uma pessoa afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada esta pode livremente decidir sobre sua vida sexual (PRADO, 2002, p. 270)

Como se vê, a doutrina e a jurisprudência transformam a leitura do artigo 224, modificando o sentido de sua literalidade para uma melhor adaptação ao mundo dos fatos. Essa releitura leva à conclusão de que a presunção de violência e a aplicação da lei ao caso concreto estão ligadas a questões que transitam fora do universo jurídico (em alguns casos contrastando com elas) se esse é entendido como um sistema de auto regulação. Pode-se também concluir que a redação do artigo remete ou é justificada no momento da elaboração do Código, ou seja, refere-se mais ao aspecto político, que influencia o legislador. Este fator representa uma distância e uma desconstrução da visão sistêmica apreendida no curso de direito. Aqui se apresenta a primeira distância. Distância entre a lei, no momento da sua confecção, os motivos e motivações que orientam o legislador, e a forma como esta será interpretada pelos juízes.

Diz-se, aqui, do diferencial existente entre criminalização primária e secundária. A primeira diz respeito à elaboração das leis em esfera legislativa, ao passo que a segunda, à ação punitiva atinente a pessoas, realizada em termos jurídicos executórios (SILVEIRA, 2008, p. 32).

A função da jurisprudência é, nesse sentido, a de adequar a aplicação da lei e reduzir a distância entre os enunciados normativos e os fatos.

Poucos são os espaços penais onde o subjetivismo tem papel de tamanho destaque como no sexual. O Brasil ainda é regido por uma tipologia com lastro moralista bastante forte, elemento marcante dos anos 40 do século passado. É certo que isso foi, em grande medida, mitigado com a lei n. 11.106/05, pela qual, além de se retirar a menção restritiva de proteção à figura de mulher honesta, entre outras alterações, se extirparam as figuras da sedução e do rapto. Mesmo assim, é de se perceber que a realidade anterior tendia a implicar em inúmeras situações interpretativas, por meio das quais as lacunas, os tipos abertos, além de outras antinomias, acabam por propiciar, obrigatoriamente, um elevado grau de discricionariedade judicial, espelhada que é na própria construção da jurisprudência (SILVEIRA, 2008, p. 38)

Para Andreucci (apud SILVEIRA, 2008, p. 39)

A criação do direito pela jurisprudência deflui não só em autorização legal, da imprecisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *La ragione dell'autorità* e a *autoria de La ragione*

No momento em que eu escrevia o meu projeto de monografia, o artigo 224 foi revogado pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Houve uma série de alterações no capítulo sobre os crimes sexuais.

Entretanto, ainda que o artigo tenha sido revogado, o distanciamento entre a lei e sua aplicação no caso concreto não foi reduzido. Isso porque, ao instituto da presunção de violência apenas foi atribuído uma nova denominação: estupro do vulnerável, passando ter a seguinte redação:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

Como é possível notar, não houve um avanço substantivo na legislação quanto a este ponto. A pena foi inclusive majorada. O legislador não refletiu so-

bre as variações de condutas que podem estar contidas na expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Um beijo forçado, em uma pessoa menor de 14 anos, e a prática de sexo oral são violências que se enquadram na expressão. Entretanto, são condutas muito distintas, motivo porque não merecem o mesmo tratamento. Além disso, a idade continua sendo o critério elegido pela lei a fim de se constatar a antiga *innocentia consilli*, agora chamada de vulnerabilidade.

Por isso, proponho-me refletir sobre uma estrutura, um modelo que é incompatível com a aplicação no caso concreto. Estrutura essa que se mantém inalterada apesar das mudanças na legislação.

II.1 As estruturas do sistema

É importante de tecer algumas considerações quanto à tipicidade pela qual o tipo penal sintetiza a forma como o sistema jurídico capta a antijuridicidade dos fatos e os insere dentro do sistema normativo. Ademais (e esse é outro ponto central na discussão), o critério usado pelo código representa mais uma distância. Esse critério é a idade.

Há uma grande preocupação no que concerne à estrutura dos crimes sexuais, além do próprio bem jurídico protegido, que é a liberdade sexual. Nos tipos penais envolvendo as condutas de ordem sexual há uma tendência, como é o caso do crime de atentado violento ao pudor, de que sejam feitos na modalidade aberta, ou seja, o tipo penal não é detalhado o suficiente, o que acaba gerando uma situação de insegurança jurídica. A descrição do tipo foi tema de reflexão no momento da análise do caso Capitu. Isto porque, são tantas as possibilidades fáticas, com tal variação de relevância jurídica que se torna difícil aceitar que condutas tão diversas tenham a mesma pena e sejam inseridos em uma única conduta típica. Ou seja, o termo *ato libidinoso diverso da conjunção carnal* abarca atos que podem ser praticados com alto grau de violência como, por exemplo, o sexo anal, e outros, como passar as mãos nas nádegas de uma mulher.

Aquilo que é considerado injusto quanto ao que envolve a sexualidade, o tipo penal decorrente, teve pequena mudança conceitual desde quando essa questão passou a ser objeto de debate no meio acadêmico (Silveira, 2008). Além disso, os crimes sexuais foram positivados no Código sob a influência direta de ideais religiosos e morais de cada época histórica. O resultado disso é uma variação de tipos abertos e fechados. Por exemplo, o crime de estupro possui um

detalhamento tão específico quanto aos seus elementos, que uma vez presentes, torna-se inconfundível com outra figura ou outro ato. Inclusive os agentes ativos e passivos estão delimitados. De forma diferente, a descrição do crime de atentado violento ao pudor é tão abrangente que engloba várias possibilidades fáticas.

O tipo penal nada mais é que descrições de atos cuja prática é proibida. A discussão gira em torno da criação e da descrição desse ato, que pode ocorrer basicamente de duas formas. Primeiro, pode haver uma descrição completa do tipo sem possibilidade interpretativa quanto à sua incidência. São os tipos fechados. Segundo, pode-se descrever o tipo penal apenas de modo a dar contorno a uma situação de forma que várias condutas possam ser nele enquadradas. Assim, fica ao encargo do magistrado dar substância, preencher o tipo, sendo sua tarefa interpretativa verificar a ocorrência ou não de um ato ilícito.

O tipo penal fechado é mais condizente com o princípio da legalidade, porque a vontade do legislador é expressa de forma completa sem espaço para maiores digressões interpretativas ou até mesmo que magistrado realize um trabalho legislativo, o que não lhe compete. Todavia, por mais detalhado que seja o tipo de um crime sexual, eles representam uma exceção a essa regra. Isto porque, impossível afastar o conjunto de valores morais quando se analisa um fato a fim de auferir a ocorrência ou não de um crime sexual. Como bem asseverou Silveira (2008, p. 306):

idéias como as antigas definições de mulher honesta ou as ainda presentes de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou casa destinada a encontros para fins libidinosos ou, mesmo, simples ato obsceno estão, assim, perigosamente presentes na realidade penal nacional. Se isso era válido em termos de uma sociedade dos anos 40 do século passado, onde as variações da moralidade eram minimamente percebidas, o mesmo não se dá nos tempos modernos

Questiona-se, por outro lado, se uma tipicidade fechada de fato traria segurança jurídica, apesar de parecer certa a premissa de que não se pode deixar todo o trabalho de preenchimento do tipo para o intérprete. A limitação da capacidade de interpretação é necessária sob pena de se ter configurado um verdadeiro não-tipo ante a indeterminação dos elementos do injusto.

Os tipos penais abertos conduzem a uma situação de insegurança jurídica; podem se desprovidos de resultados materiais, ou ainda conduzirem a um

juízo que está em conformidade com a lei, apesar de contrário ao sistema jurídico. O caso *Capitu* abarca uma situação que, se analisadas ao pé da letra (da lei), de fato configura atentado violento ao pudor, uma vez que ocorreu um ato libidinoso diverso da conjunção carnal, cuja violência foi presumida em decorrência da idade da vítima.

Mas a questão ora posta é se o fato descrito na lei era antijurídico, se feriu algum bem jurídico tutelado, se sobre ele deveria recair os efeitos da lei. É exatamente pelo fato do tipo ser aberto, que a análise deve ser feita levando-se em conta aspectos não jurídicos, mas intrinsecamente ligados à análise do caso concreto.

A presunção de violência está estruturada para que se considere que aqueles que têm menos de 14 anos como incapazes de autodeterminação sexual. É o positivismo jurídico somado a um arraigado moralismo das questões penais sexuais que servem de embasamento para a presunção de violência pautada por uma esfera quase sagrada em torno da questão principalmente quando se trata de possibilidade de abuso sexual infantil.

Ainda assim, a estipulação de uma idade como critério merece críticas. Isto porque, se trata de uma escolha que servirá de marco, de linha divisória. Após tal idade ocorre a possibilidade do indivíduo consentir com o ato. Antes dela, é de se ver a necessidade da aplicação do instituto da presunção de inocência. Um limite fixo para definir a presunção de violência, ainda que justificável do ponto de vista da técnica legislativa, não estaria em conformidade com o ordenamento jurídico tampouco com a razoabilidade. É de se ter em foco a avaliação de cada caso.

Em um caso concreto, a incidência da presunção de violência pode ocorrer, ou não, conforme a diretriz adotada pelo magistrado. Ou seja, ele pode se pautar na “letra da lei”, que tem a norma delimitada no sentido de que a vítima menor de 14 anos, possui a *innocencia consilli*. A lei não abre espaço para outra interpretação: a presunção de inocência seria absoluta, sem possibilidade de flexibilização. Por outro lado, o juiz pode-se valer de uma construção doutrinária, de que essa presunção de violência não é absoluta. O ponto nevrálgico é a fragilidade do critério usado pelo código: a idade. Ora, não há como deixar de atentar para o fato de que um critério que se baseia unicamente na idade merece ser olhado com cautela, ainda que não sejam apresentados argumentos sobre

mudanças e transformações sociais ou um maior contato dos jovens com o sexo hoje em dia. A definição do Código é por si só frágil, repito, sendo desnecessário apresentar argumentos de ordem supra legal. É frágil sob o ponto de vista do sistema e é exatamente a fragilidade desse critério que levou à construção jurisprudencial e doutrinária de que a aferição da ocorrência ou não da presunção de inocência deve levar em conta a sua relativização e a postura da vítima. Isso para evitar a situação obviamente não desejada de se transformar um ato sem relevância jurídica em crime, ou seja, sem que ocorra violação de qualquer bem jurídico, no caso, a liberdade de autodeterminação sexual. Ocorre que o magistrado, ao auferir a ocorrência ou não da violação do bem jurídico, encontra entraves como o acima descrito, um limitado aparato legal tendo que recorrer a outras fontes a fim de embasar e motivar a sua decisão. São essas outras fontes, outros critérios não incorporados pela legislação que se apresentam como uma interferência sistêmica, que contradiz a concepção inicialmente apresentada de que o Direito seria um uma estrutura hermeticamente fechada, guiada e explicada por suas próprias fontes e princípios.

As controvérsias quanto à estrutura do artigo para a aplicação ao caso concreto foram incorporadas pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de considerá-la relativa. Não é só o fato histórico, demonstrando uma diminuição na idade limite da presunção de violência que aponta para incongruência de considerá-la absoluta. Em verdade, trata-se da incorporação de um raciocínio que não é propriamente jurídico, mas faz parte da razoabilidade a que qualquer pessoa que se proponha a refletir a questão pode chegar. É evidente que os jovens, dependendo das condições em que são criados, tomam conhecimento de sua sexualidade antes dos 14 anos. Essa evidência é mais que uma conclusão jurídica: é bom senso, é senso comum. O que a doutrina faz é re-elaborar o discurso a partir de uma apropriação para transformá-lo em linguagem jurídica.

OS RECORTES DO DISCURSO

Foi Benjamin Mendelsohn quem, em 1947, iniciou os estudos sobre a vitimologia no que diz respeito à proteção da vítima, e, ainda, no tocante à avaliação do seu verdadeiro papel na dinâmica do crime, na estruturação do fato criminoso (Souza, 1998). Entre os exemplos clássicos da vitimologia está o da mulher volúvel e leviana que frequenta em trajes provocantes, lugares de reputação duvidosa. Tem, portanto, a vitimologia, o intuito de estudar as relações da parelha penal, o par vítima-criminoso.

A vitimologia é um exemplo de abordagem que estabelece em um divisor de águas, porque antes dela havia um enfoque tradicional voltado para o comportamento do criminoso. Raramente havia preocupação com a postura da vítima, de modo que, pelo princípio da subsunção, o julgador estava restrito a proferir decisões baseadas na tipologia legal. A conduta da vítima era praticamente desvalorizada pelo julgador e tinha a sua análise restrita por outros operadores do direito vinculados ao processo penal, como promotores, delegados de polícia os advogados e os defensores públicos. A postura da vítima não era tratada com desconfiança, não se questionava se ela estaria ou não dissimulando o seu discurso ou se poderia até ter provocado a ação do criminoso. Neste sentido, os operadores do direito ignoravam a sua relevância na configuração do fato, partindo do pressuposto de que a sua fala seria sincera.

Como resultado desse processo, ignorando os técnicos do direito o valor operativo relativizado desses protagonistas do fato penalmente apreciável e, conforme o caso, reprovável, toda a carga do sistema penal, direcionada ao autor do fato típico desde o momento do discurso legislativo, acabava por se concretizar na forma de um juízo de reprovação penal suportado unicamente pela parte passiva da ação criminal (SOUZA, 1998, p. 25)

De outra forma, o réu poderia ser absolvido pelo inciso IV do artigo 386 do CP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal.

Não que essa seja a motivação adequada, mas representa uma vala comum ante a impossibilidade de decidir de outra forma.

Outro aspecto importante para a relativização da inocência é a centralidade da palavra da vítima como meio de prova nos crimes contra a liberdade sexual. Esse aspecto chega a ser intrínseco, pois os crimes sexuais ocorrem geralmente em lugares ermos, sem a presença de testemunhas. Ademais, são crimes que podem não vir a deixar vestígios, provas, sendo que tais circunstâncias levam o julgador a dar a máxima importância para a palavra da vítima que servirá como suporte à sentença condenatória. A vitimologia é assim um instrumento de proximidade com os fatos, para se analisar o discurso da vítima partindo de um olhar mais crítico.

Interessante observar a valorização *a priori* da palavra da vítima como algo verdadeiro ocorre principalmente se eles não se conhecem previamente. Isso porque não é crível que uma pessoa tenha interesse de incriminar outra pelo simples fato de fazê-lo. A afirmação pode ser verdadeira, em parte. Porque pode ocorrer que a vítima não queira incriminar aquela pessoa específica. Mas por uma série de fatores que antecedem ou são simultâneas ao fato, pode ocorrer que a pessoa do acusado tenha surgido para a vítima como alguém que poderia arcar com a responsabilidade penal, sendo assim, eleito pela vítima. Todavia, haverá uma diferença sensível na apuração do magistrado se vítima e acusado se conhecem previamente ao fato.

Se se parte da premissa de que a vítima está apresentando um discurso sincero, veremos aflorar um conjunto incoerente e inconsistente de declarações do acusado. A tendência é que se amplie a diferença das versões. Simbolicamente, é como se houvesse a formação de um mapa com áreas escuras e claras como negativos que em algum momento deverão se encaixar (Souza, 1998). Nesse mapa, o que se forma, com grande frequência, são áreas cinzentas nas quais o discurso da vítima é inconsistente. Até o acusado pode ter uma versão individual dos fatos que apesar de não encontrar respaldo nos demais dados constantes do processo, também não se abala com eles quando as declarações da vítima são

mais sombrias do que a luzes lançadas sobre todo o conjunto probatório. Sendo a vítima conhecida do acusado, *“um outro conjunto de diferenças poderá ser anotado, se a vítima tiver agido, ou não, de forma provocadora em relação ao agente”* (Souza, 1998, p.108) .

Trago, a fim de elucidar a questão, o discurso apresentado pela vítima no caso Capitu em dois momentos diferentes do processo, primeiro, na fase inquisitorial:

Por volta de março de 2004, Capitu o chamou “para ir na casa em que ela trabalhava, a patroa dela não estava. “Quando eu cheguei lá, ela tinha acabado de tomar banho, estava com uma toalha, colocou uma música, subiu em cima de uma mesa, tirou a toalha e fez um streap tease”. Em seguida Capitu deitou-se na cama, mandou que Bento deitasse em cima dela, segurasse em seus seios e a beijasse. O entrevistado afirmou que nesse dia não aconteceu nada além do narrado. O declarante acrescentou que “a patroa dela saía e ela me chamava para eu entrar, e eu ia por que eu sou homem, eu não contava pra ninguém (...) ela me chamava para esconder com ela atrás de uma árvore, falava pra ‘mim’ tirar a roupa, falava pra eu pegar no peito dela e tentava me beijar”. O entrevistado disse que não chegou a tirar a roupa, “mas muitas vezes eu fiquei com ela sim, aconteciam beijos e eu pegava nos peitos dela”.

Diferente é depoimento prestado em juízo:

“Conheci a acusada, que na época estava interessada em um outro rapaz da rua, que já era casado. Depois, a acusada disse para todo mundo que estava ‘a fim’ de mim. Tínhamos uma convivência de brincadeira de final de semana junto com as demais garotas e garotos da rua, e conversava com a acusada normalmente, assim como com qualquer garota. A acusada, certa vez, fez um sinal para mim, meu irmão [...] e [...], para que olhássemos pela janela da casa onde trabalhava. Eu estava com [...] e [...] na rua, onde sempre ficávamos, e quando olhamos, a acusada retirou a toalha que cobria seu corpo, e ficou dançando nua em cima de uma mesa. Depois disso, a acusada me chamou para entrar na casa, chamando também [...] e [...]. Este não quis ir. Entrei na casa junto com [...], e lá estava apenas a acusada. Ela me chamou, dizendo que queria me contar uma coisa, e quando eu me aproximei

dela, que estava em pé, ela se jogou no sofá e ao mesmo tempo me puxou para cima dela, momento em que me beijou e colocou minhas mãos sobre os seus seios, dizendo que me amava, que queria ficar comigo. Ela chegou a me dar alguns beijos, mas depois eu me afastei, empurrando-a e sai da casa. Nessa hora, eu senti que não queria ficar com ela, pois não tinha atração por ela e por isso saí. Me senti estranho, e fiquei meio encabulado, pois não esperava isso. Nesse mesmo dia, antes de a acusada dançar em cima da mesa, eu entrei na casa onde ela trabalhava para usar o banheiro, pois não havia ninguém na minha casa e eu não estava com as chaves, e quando entrei no banheiro e fechei a porta, ela abriu a porta rapidinho, entrou, fechou a porta, apagou a luz, encostou-me na parede, colocou as mãos por baixo da minha blusa, e começou a me beijar

Souza (2008) pondera que o acusado se reportará de forma específica quanto ao fato da vítima o ter provocado ou incitado. Por outro lado, a vítima reconhecidamente não provocadora, facilmente convencerá o julgador de sua sinceridade. Isto poderá ser observado conquanto a vítima não se embaralhe, não apresente um discurso contraditório e ambíguo. A acusação, via de regra, toma como ponto principal da sua argumentação a fragilidade da vítima, tanto física quanto psicológica. “A verossimilhança e a credibilidade que se emprestam à palavra da vítima nessas modalidades de delito decorrem exatamente da construção desses estereótipos. Esse ponto é interessante exatamente por deixar à mostra, conforme o caso concreto em exame, a fragilidade não da vítima propriamente dita, mas de sua versão trazida a juízo. E sendo frágil a versão da vítima, não há como deixar de aplicar o *non liquet*”¹ (Souza, 2008, p. 109). A fragilidade pode ser observada não só pela forma como a vítima desenvolve sua narrativa, mas com a comparação que se fará com os demais elementos da convicção do juiz.

Um fator foi muito marcante nas decisões proferidas no caso. Marcante e presente no texto de todos aqueles que emitiram a sua opinião, o juiz, o relator, o revisor. E foi relevante de forma paradoxal. O elemento que serviu de base para as decisões e opiniões no sentido de absolver a moça foi mesmo usado para a condenação. Trata-se do discurso descrito acima, das palavras do garoto

¹ absolvição por ausência de provas claras

e dos depoentes. A análise do discurso é central para esse trabalho porque não foi somente o discurso do garoto que foi contraditório, mas as decisões que se formaram a partir dele também foram contraditórias e opostas.

Mas como um mesmo elemento pode ser usado para se chegar a conclusões opostas? Simples. Depende do recorte. O juiz recortou de uma forma, eu de outra. Para mim tinha uma frase, uma, naquelas 193 páginas que eram suficientes para afastar a presunção de violência. Eram elas “eu beijei sim porque eu era homem”.

A sentença

Toda a sentença é formada de três partes: relatório, fundamentação e a parte dispositiva na qual o juiz fixa a pena, passando posteriormente à individualização.

A sentença que condenou Capitu pode ser descrita como uma compilação de depoimentos. São 15 páginas. 3 para o relatório, aproximadamente 11 de fundamentação e 3 para a individualização da pena. Na parte da fundamentação, 8 páginas reproduzem as falas das testemunhas e da vítima. Mas não é só, são 5 páginas de pura transcrição sem qualquer palavra do juiz. Assim, o argumento usado, o motivo que serviu de base para o convencimento foi o discurso proferido pelos atores do caso, ou melhor, o discurso que ele recortou para demonstrar aquilo que entendeu ser direito: Que a acusada deve ser condenada.

Ele inicia a exposição, afirmando que a ausência de exame de corpo delito não afasta a materialidade de delito, pois os atos praticados não deixam vestígios “sobretudo porque, conforme a imputação, a acusada satisfaz a própria lascívia somente com os atos praticados”².

Em seguida, o juiz transcreve a parte do depoimento de Capitu em que nega todas as condutas, e depois afirma que as versões da vítima, de seu irmão e de outras testemunhas a ela se contrapõem. Faz a transcrição dos depoimentos na parte em que essas pessoas narram os fatos, negritando alguns trechos, para reforçar que teriam acontecido apesar da negação dela.

² Conforme alega o Ministério Público, nas suas derradeiras alegações, a conduta da acusada foi a de puxar a vítima para si, quando a acusada se encontrava nua, beijá-la colocar as mãos da vítima em seus seios e em outra oportunidade a de fazer com que a vítima bolinasse as suas nádegas, inclusive tentando abaixar as calças da vítima, atitudes que não teriam o condão de deixar vestígios contundentes

O juiz considerou que os acontecimentos acima transcritos foram suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria, fez ao final uma breve consideração sobre a presunção de violência, condenou-a como incurso nas penas do artigo 214 c/c 224 do Código Penal e o artigo 2º, § 1º da Lei 8.078/90, lei de crimes hediondos. Na fase da individualização, considerou que Capitu possuía má conduta social “pois além de transmitir medo à família da vítima, ante a notícia de que a seqüestraria, apresentou-se semi-nua a outras crianças”.

O voto do relator pela condenação

O voto do relator também foi no sentido da condenação. Tanto a sentença quanto este voto consideraram a importância da palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. O voto é inicialmente uma paráfrase da sentença. Utiliza os mesmos tipos de argumentos e a narrativa é muito semelhante, em alguns pontos, idêntica, pois há a transcrição dos mesmos depoimentos. Da mesma forma como na sentença, o Relator inicialmente narra os fatos, depois transcreve a negação da acusada e contrasta com os fatos narrados pela vítima e testemunhas.

O que o voto apresenta de inovação em relação à sentença é que o Relator teve a preocupação de se debruçar sobre os aspectos que tornam o fato relevante criminalmente, ou seja, procura demonstrar a tipicidade material do “crime”.

Ora, não é crível admitir que a vítima, com somente 12 (doze) anos de idade, ainda desfrutando da infância, já tinha pleno e exato conhecimento acerca de atos sexuais, ao contrário da acusada, que contava com mais de 20 (vinte) anos e detinha malícia suficiente a induzi-la à prática dos atos narrados na denúncia.

Aliás, a prova oral angariada demonstra que Capitu trocava carícias com a vítima, beijando a sua boca e fazendo com que tocasse os seus seios. Além disso, os autos revelam que a acusada chegou a dançar nua numa janela para as crianças que estavam brincando na rua, o que revela a sua conduta de perversão.

Ainda para reforçar a tipicidade material, o Relator fez questão de afastar a possibilidade de consentimento da vítima:

De mais a mais, ainda que se considere o suposto consentimento da vítima, tal fato não afasta a caracterização do crime, uma vez que, repise-se, se trata de uma criança de 12

(doze) anos e não restou comprovado que já detinha auto-determinação quanto aos fatos sexuais.

Ao final, ponderou que a jurisprudência majoritária entende que a presunção de violência é absoluta citando julgados do STF, STJ e do próprio TJDF.

Entendeu por fim que a condenação deveria ser mantida pelos seus próprios fundamentos, com a ressalva de que a pena fosse cumprida em regime inicialmente fechado.

O voto pela absolvição, por seu turno, recortou outros elementos, outras narrativas presentes no processo. Diferentemente da sentença e do voto que opinou pela condenação, não há muitas transcrições das falas que demonstram a ocorrência dos fatos. A revisora/relatora para o acórdão preocupou-se em fundamentar seu entendimento, considerando as circunstâncias contemporâneas, como a proximidade dos jovens com os assuntos referentes à sexualidade. E ponderou expressamente que a jurisprudência e a doutrina se posicionam no sentido de ser relativa a presunção de inocência.

A jurisprudência e a doutrina tem se posicionado no sentido de considerar relativa a presunção de violência inserta no art. 224 do CP. Devem ser consideradas, em cada caso, as características da “vítima”, entre outros elementos fáticos que acabam se sobrepondo à referida presunção de violência. Ou seja, no enquadramento de um crime contra a liberdade sexual, há que se ter em conta a idade “psicológica” do indivíduo que se coloca como vítima, a sua personalidade, bem como o decorrer dos acontecimentos, pois que podem afastar o cabimento de presunção de violência pela in ocorrência de inocência da vítima, que consentiria com os atos sem saber do que aquilo se trata.

(...) Como bem esposado no voto acima “Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades”.

Na mesma linha de raciocínio do relator, mas com sentido diametralmente oposto, a revisora/relatora para o acórdão, a fim de defender a tese da absolvição, argumentou que o rapaz tinha a consciência do que estava fazendo, ao contrário do relator cuja tese foi no sentido de que um garoto de 12 anos não tem conhecimento sobre os atos sexuais

Não cabe aplicar o instituto da *innocentia consili* à alegada vítima. A facilidade de acesso à informação de todos os tipos, a forma como as questões sexuais são abertamente tratadas pelas revistas, pela televisão, nos filmes é o bastante para afastar a possibilidade de que ele não sabia o que estava fazendo quando beijou a ré ou tocou seu corpo, entre os outros atos relatados nos autos.

Em contraste com as inúmeras transcrições presentes na sentença e no voto da condenação, o voto da absolvição fez um recorte de uma breve declaração da vítima, proferida ainda na fase do inquérito e um breve relato do irmão:

Por volta de março de 2004, Capitu o chamou “para ir na casa em que ela trabalhava, a patroa dela não estava. “Quando eu cheguei lá, ela tinha acabado de tomar banho, estava com uma toalha, colocou uma música, subiu em cima de uma mesa, tirou a toalha e fez um *streap tease*”. Em seguida Capitu deitou-se na cama, mandou que Bento deitasse em cima dela, segurasse em seus seios e a beijasse. O entrevistado afirmou que nesse dia não aconteceu nada além do narrado. O declarante acrescentou que “a patroa dela saía e ela me chamava para eu entrar, e eu ia por que eu sou homem, eu não contava pra ninguém (...) ela me chamava para esconder com ela atrás de uma árvore, falava pra ‘mim’ tirar a roupa, falava pra eu pegar no peito dela e tentava me beijar”. O entrevistado disse que não chegou a tirar a roupa, “mas muitas vezes eu fiquei com ela sim, aconteciam beijos e eu pegava nos peitos dela.

Constam dos relatos do irmão da vítima:

Bento nunca reclamou que não gostou de alguma coisa que a acusada fez, e nunca disse que se sentiu mal ou que ela o tenha pego a força (...) enquanto os fatos entre o meu irmão e a acusada estavam acontecendo, Bento mudou um pouco o comportamento, pois nós o chamávamos para brincar, e se ela estivesse lá na rua, ele não ia preferindo ficar lá com ela

Além disso, foram ressaltadas as condições sociais e intelectuais da vítima que são muito diferentes das condições da acusada

Ressalte-se que a vítima, apesar de ter 12 anos, nasceu em cidade de grande, é de família de classe média, estuda renomado colégio particular de Brasília, estava à época do fato cursando a 6ª série, fazia aulas de inglês, etc.

Por outro lado, a moça, de 20 anos, era interiorana, recém chegada do Piauí, conforme conta de depoimento da patroa da ré, às fls. 60, informou ter cursado até a 8ª série primária, provavelmente em escola pública no interior daquele Estado.

Moças de 20 anos não costumam andar com jovens ainda na fase da pré-adolescência, muito menos brincar de pique-esconde com a garotada. Todavia, essa era a conduta da ré, o que aponta para um comportamento infantilizado. Em depoimento de fls. 15, a vítima afirma que *“tinha saído para brincar e ela se apresentou normalmente, eu pensei que ela tivesse quatorze anos”*.

Em contraposição, observa-se, pela vida da vítima, que ele tinha maior acesso à educação, à informação e maior capacidade intelectual

Por fim, o fundamento para afastar a condenação foi a ausência de tipicidade, formal, ou seja, no voto foi considerado que de fato não houve crime.

Passo à análise da incidência do art. 214 do CPP.

O crime de atentado violento ao pudor consiste em *“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”* (grifos nossos).

Afastada a presunção de violência, a conduta da apelante não preenche os requisitos do supracitado artigo.

Para que haja a efetiva caracterização do tipo penal em referência, tendo em vista seus elementos constitutivos, é necessária a ocorrência de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, acrescidos à prática de violência, de grave ameaça ou fraude.

Ora, em inexistindo qualquer desses elementos — *in casu* a violência, ou grave ameaça — não há que se falar em conduta típica e, via de consequência, em conduta criminosa.

Ao final, embora a tese principal do voto tenha sido a ausência de tipicidade, paradoxalmente ao voto da condenação, foi apresentada uma desqualificação do fato, a ausência de tipicidade material, para reforçar que o “crime” não teria relevância para o direito:

Em síntese, a apelante trocou alguns beijos com a vítima, ele tocou seus seios, mas longe de haver consumação de ato sexual. Não se trata de atentado violento ao pudor, mas de um envolvimento afetivo entre dois jovens com diferença de idade, mas que brincavam juntamente com outros jovens de pique-esconde na rua onde moravam.

UM ROMANCE EM CADEIA

Há uma infinidade de palavras sintetizadas no processo. São construídas por meio de frases que significam alguma coisa, mas ao mesmo tempo não significam por si só. É o juiz quem vai interpretá-las e revesti-las com seu entendimento, aprisioná-las em seu próprio discurso para então fundamentar o que entende ser Direito.

Metaforicamente, é Velásquez a pintar as meninas na análise feita por Foucault (1999). Trata-se de um olhar projetado a uma situação. As meninas estão lá, a pousar para o pintor assim como os fatos estão dados, descritos e narrados, a partir do que o juiz re-elabora aquilo que depreende deste acontecimento de palavras. E nós somos os espectadores de uma sentença que neste momento e de forma análoga entendo como uma pintura. O juiz é o pintor e tal como um, a representação que fará depende do seu olhar. Isto, apesar da objetividade com que se reveste este labor. A sentença, o quadro, ambos, ainda que coisas distintas e pertencentes a universos simbólicos diversos são semelhantes por serem representação.

A jurisprudência é um instrumento, como se fossem quadros anteriormente vistos e que inspiram a sentença. E comporão o quadro conforme o direcionamento do olhar do pintor.

Diante de casos controversos em que não há concordância sobre a aplicação do direito é que observa a dificuldade em se definir a prática jurídica, ou falar sobre o que consiste a atividade jurisdicional. É nesse momento que se observa a insuficiência da lei perante o fato.

Isso não significa dizer que o juiz vai impor suas próprias convicções diante de uma lacuna da lei. Existe uma carga de valor nas decisões, mas seu uso não é indiscriminado.

Para Dworkin (2008), as convicções do intérprete estão cercadas pelo respeito que ele deve ter pela obra em sua completude, caso contrário, estaríamos diante de uma espécie de monstro, com pés desproporcionais ao corpo, um

Frankenstein. Tem-se um elemento de adequação para dar continuidade, no tempo, do processo decisório: é o que confere ao Direito um sentido de integridade.

Dworkin (2008) compara as decisões judiciais com a literatura partindo do princípio de que ambas as formas de interpretação, podem buscar dar um direcionamento, impor um propósito no texto e àquilo que se está interpretando.

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas como o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo (2007, p. 275)

A partir dessa comparação, Dworkin cria um gênero literário artificial que denomina de romance em cadeia. Coloca que aqueles que fazem parte deste processo submetem-se a duas dimensões: a adequação e a escolha.

Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra - à qual nenhum outro autor poderia chegar - fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em consideração pelo(s) autor(es) em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance (VOJVODIC, et al, 2009, p. 39)

O objetivo é “fazer do texto o melhor possível, e você então vai escolher a interpretação que, em sua opinião, possa tornar a obra mais significativa, ou melhor de alguma maneira” (Dworkin, 2007, p. 280).

Afirmei que a jurisprudência é um instrumento como se fossem quadros anteriormente vistos e que inspiram a sentença. É o que propõe Dworkin. Aqui, a jurisprudência funcionou como um elemento de adequação. No Direito, os juízes dão continuidade a um romance que já vinha sendo construído por outros. É um processo que funciona em cadeia porque cada juiz recebe os capítulos desse

romance, escreve mais um, acrescenta a eles seu entendimento, e repassa para outros escritores.

No caso Capitu, o artigo que foi aplicado não condiz com a realidade contemporânea. A lei era expressa:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de 14 (catorze) anos.

Para não proferir uma decisão anacrônica, a juíza teve de se voltar ao entendimento quanto ao conteúdo significativo da presunção de violência. O crime consistia no abuso da inocência da vítima. A sentença partia do pressuposto que ele era um garoto sem qualquer consciência sobre sua sexualidade. Ele de fato, foi levado a beijá-la, foi levado a isso por sua inocência? Ou fez por impulso de seus próprios desejos?

Ao mesmo tempo, não seria legítimo, tampouco juridicamente aceito que uma decisão fosse proferida sem qualquer referência que partisse do próprio Direito. Para isso, o juiz precisa remontar às decisões anteriores. Já havia uma compilação de jurisprudência no sentido de que a presunção de violência deveria ser considerada caso a caso e foi usada para dar um sentido de integridade entre essa decisão e a obra que vem sendo escrita.

A BUSCA PELO SENSO COMUM

A análise desse caso tem como início o debate quanto à forma de aplicar a Lei ao caso concreto, aqui representada entre o confronto de se considerar a presunção de violência um conceito absoluto ou relativo. É a orientação jurisprudencial que insere a possibilidade de dar outro significado para os termos estritos da Lei. Isso acaba por retirar do Direito, enquanto ciência, a busca por uma verdade objetiva. Dessa forma, o entendimento de que a presunção de violência seria relativa atrai para dentro da interpretação jurídica, da hermenêutica na aplicação do caso concreto, o próprio relativismo.

Essa é uma palavrinha que no debate científico causa alguns tremores. Por que retira, ou ao menos coloca em questão, a possibilidade de uma universalidade de critérios, de conceitos, de sentidos. Isso porque as ciências humanas foram edificadas sobre os parâmetros da racionalidade das ciências naturais. O ideal de intelectualidade foi construído a partir da distinção entre conhecimento e opinião, no sentido de que a investigação racional possui um marco, uma linha divisória a partir da qual os não-intelectuais têm pouco acesso. O Direito enquanto ciência é herdeiro dessa tradição objetivista e quem a manipula deve observar a tradição para ter autoridade nas proposições e justificativas de seus argumentos.

Em nossa cultura as noções de ciência, racionalidade, objetividade, e verdade estão em ligação estreita umas com as outras. A ciência é pensada como fornecendo verdade sólida, objetiva, verdade enquanto correspondência com a realidade, único tipo de verdade digno desse nome (RORTY, 1997, p. 55).

Sob este ponto de vista, a verdade como comprometimento com a racionalidade e com um método específico resulta em que, qualquer disciplina acadêmica incapaz de oferecer as predições e a tecnologia, nos moldes das ciências naturais, precisa obter o mesmo status cognitivo.

Ninguém realmente acredita que os filósofos ou críticos literários são melhores ao que concerne pensar criticamente, ou

a empreender visões amplas e extensas das coisas, do que os teóricos da física ou da microbiologia (...) Essas distinções entre fatos sólidos e valores flexíveis, verdade e prazer, objetividade e subjetividade são instrumentos ineficazes e canhestros. Elas não são adequadas para dividir a cultura, elas criam mais dificuldades que resolvem (RORTY, 1997, p. 56).

Rorty não propõe que as ciências humanas devem excluir qualquer tipo de racionalidade, mas, antes, que devem ser vistas como atividades com uma racionalidade diferente.

Outro tipo de 'racional' é, de fato, obtível. Nesse sentido, a palavra significa algo como sadio, ou razoável, mais do que metódico. Ela nomeia um conjunto de virtudes morais: tolerância, respeito pelas opiniões daqueles que estão à nossa volta, disposição para escutar, confiança na persuasão mais do que na força. Segundo esse sentido racional, a palavra está mais próxima significativamente de algo como civilizado, do que algo como metódico. Quando assim construída, a distinção entre o racional e o irracional não tem nada a ver em particular com a diferença entre as artes e as ciências. Nessa construção, ser racional é simplesmente discutir qualquer tópico – religioso, literário ou científico – de um modo que evita o dogmatismo (RORTY, 1997, p. 60)

Ainda que exista um anseio pela busca da racionalidade no sentido mais forte do termo, associado com a verdade objetiva, Rorty coloca que foi erro da secularização da cultura tentar fazer do cientista um novo ser responsável pela mediação entre o humano e o não humano e detentor de verdades absolutas.

Assim era a idéia de que alguns tipos de verdade são 'objetivos' enquanto que outros tipos são meramente 'subjetivos' ou 'relativos' – a tentativa de dividir o conjunto de sentenças verdadeiras em 'conhecimentos verdadeiros' e 'meras opiniões', ou em 'factual' e 'judicatório'. Assim era a idéia de que o cientista possui um método especial, que, se os humanistas ao menos o aplicassem aos valores derradeiros, nos daria a mesma espécie de autoconfiança quanto a fins morais que nós temos agora quanto a significados tecnológicos" (Rorty, 1997, p. 58)

Para Rorty existem duas formas de se dar sentido à vida em sociedade, a primeira deles considera a narração das histórias de diversas comunidades, re-

lacionando as narrativas diversas. Trata-se de um desejo por solidariedade. A outra forma consiste na descrição de uma única comunidade, daquela de quem parte o discurso como estando em relação imediata com uma realidade não humana. Realidade não humana porque, ao contrário da primeira, não leva em conta a diversidade, o que representa um desejo por objetividade. Da tradição Iluminismo decorre que

O pensamento social liberal centrou-se em torno de uma reforma social como algo que vem a ser possível por meio do conhecimento objetivo do modo de ser dos humanos – não o conhecimento do modo de ser dos gregos, dos franceses, chineses, mas do modo de ser da humanidade enquanto tal. Nós somos os herdeiros dessa tradição objetivista, centrada na assunção de que nós precisamos nos manter fora de nossa sociedade, o tempo que for necessário, para examiná-la sob a luz de algo que a transcenda: ou seja, sob a luz disso que ela tem em comum com toda e qualquer outra comunidade humana possível e atual. Essa tradição sonha com uma comunidade derradeira, que terá transcendido a distinção entre o natural e o social (...) Muito da retórica da vida intelectual contemporânea toma como assegurado que a meta da investigação científica para o homem é compreender as ‘estruturas subjacentes’, ‘fatores culturalmente invariáveis’, ou ‘padrões biologicamente determinados’ (Rorty, 1997, p. 38).

O ponto de encontro da análise feita por Rorty e este trabalho transita entre a dimensão etnocêntrica do Direito e postura pragmática de relativizar os conceitos da Lei aproximando-a do fato. Paradoxalmente, a postura pragmática busca mais aproximação com os fatos. No momento em que a jurisprudência afirma “a presunção de violência é relativa” ela propõe que não é somente a aplicação da literalidade da lei que importa, mas a sua aproximação com o contexto do fato, o contexto da particularidade de cada caso. Na estória de Capitu houve formalmente um crime. Houve um enquadramento. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticado com menor de 14 anos. Mas, há o entretanto. Entretanto o rapaz vai à delegacia afirmar que é homem.

Foi na dimensão etnocêntrica do Direito que vi um possível diálogo com as idéias de Rorty. Dimensão etnocêntrica no sentido de que os fatos assim denominados jurídicos devem se amoldar à ótica da lei. A dita dimensão não humana.

Ao invés de tomar a palavra, gostaria de ser envolvido por ela e levado bem além de todo começo possível. Gostaria de perceber que no momento de falar uma voz sem nome me precedia a muito tempo: bastaria, então, que eu encadeasse, prosseguisse a frase, me alojasse, sem ser percebido, em seus interstícios, como se ela me houvesse dado um sinal, mantendo-se por um instante, suspensa. Não haveria, portanto, começo; e em vez de ser aquele de quem parte o discurso, eu seria, antes, ao acaso de seu desenrolar, uma estreita lacuna, o ponto de seu desaparecimento possível. (Foucault, 1996, p.1)

V.1 A Crônica de uma trajetória processual

1 – Os Fatos

Capitu não era exatamente uma mulher bonita. Mesmo porque ainda não era mulher de fato. Morena, olhos amendoados bem negros nariz achatado cabelos crespo e curto boca carnuda que remetiam à africanidade ancestral. As maçãs do rosto em relevância davam-lhe um aspecto triangular e gorducho. Era baixa, baixinha. Mas não uma mulher pequena, por suas pernas grossas e o quadril largo bem à brasileira. Nascida e criada em Hugo Napoleão. Aos vinte anos, quando enfim conseguiu um emprego de babá em Brasília, pegou suas roupas, colocou numa mala, tomou um ônibus e de lá partiu. Havia se cansado da rotina interiorana, daquela cidade diminutiva sem perspectiva. Causou-lhe excitação sair do interior do Piauí. As oportunidades de mudança, de conhecer pessoas interessantes, de inserir-se na cidade grande, de ganhar seu próprio dinheiro, ter sua independência. Era uma infinidade de portas que se abriam à sua frente. Abandonar a vida pacata e a infância postergada pela ausência de estímulo intelectual. Ao desembarcar aqui foi direto para a casa onde ia trabalhar. Como não tinha alternativa, morava na casa da patroa.

18 horas. É fim de tarde de dias variados entre março e setembro de 2004. Capitu está livre do expediente.

Da janela da casa da patroa vê uma movimentação na rua. São os amigos que acabara de fazer, a garotada. Morgana, Debora, Leany, Lauro, Heitor e Bento. Se a estatura não favorecia Capitu, o mesmo não se diria quanto a este último. Com 12 anos, Bento se destacava dos demais meninos. Era mais alto, tinha os

ombros largos, mas os pêlos que cresciam esparsos pelo rosto e as espinhas não lhe deixavam negar a adolescência latente. Foi esse garoto-quase-homem que chamou atenção da moça.

Capitu desce do segundo andar pra brincar. De pique esconde. 1, 2, 3, 4100 conta a menina Leany. Todos saíram correndo para seus esconderijos, e ela aproveita o sumiço oportuno dos outros garotos puxa Bento pelo braço. Longe de outros olhares leva-o contra o troco da árvore coloca as mãos dele uma em seus seios e a outra na bunda e, não encontrando resistência, beija-o na boca.

Sai correndo com o boné do garoto à mão. Vai em direção ao prédio onde trabalha. Bento a segue para recuperar o que é seu. Sobem dois lances de escada, e ao chegarem ao apartamento, Capitu deita-se no chão coloca o boné entre as pernas. “Vem pegar” diz ao garoto.

Naquela ocasião ele hesitou e não atendeu ao comando. Outro dia, porém estavam eles brincando como era o de costume quando Bento sentiu vontade de ir ao banheiro, mas estava sem as chaves de casa. Usa o lá de casa, ela diz. E vão os dois para o apartamento da patroa. Mal entrou ele no banheiro Capitu apressou-se para dentro e bateu a porta por trás de si, indo em direção a ele até que ficasse encostado na parede. Pegou as mãos dele e colocou uma em seus seios, lascar um beijo no pescoço, dobrando as pernas contra o quadril do garoto e deu-lhe outro beijo na boca. Capitu acompanha com um sorriso o movimento que ele faz de esquivar para sair pela porta com o coração aos pulos.

À penumbra da outra noite que se anunciava Capitu chama o garoto pela janela, e ele sobe. Põe a tocar uma musica sensual. Daquele segundo andar os meninos da rua assistem a moça dançar e tirar a roupa frente a Bento peça por peça até ficar completamente nua. Pé atrás de pé leva-o até o quarto quando ninguém mais os vê. Deita-se à cama e convida o garoto para vir ao seu encontro sussurrando eu te amo em seu ouvido. Conduz com as mãos o rosto do garoto até os lábios ficarem alinhados e entre abertos. Lentamente coloca sua língua até tocar a dele, que a acompanha, para sincronizar o beijo ardente.

Capitu sente-se poderosa. Acha que é a mulher mais bonita do mundo. Aproveita a máquina fotográfica da amiga Débora e pede que faça alguns registros. De short vermelho e blusa preta faz poses sensuais sobre a cama, de joelhos, com as mãos nos cabelos enclina a cabeça pra frente ao que a máquina faz click. Vai mudando as poses, vai tirando a roupa e a máquina manuseada pela menina

acompanha em outros flashes até que, brincando com o lençol de abrir e fechar deixa o corpo nu.

Capitu pede, com nenhuma insistência, que as fotos permaneçam em sigilo. Faz transparecer um desejo, este sim quase oculto, de que as fotos sejam mostradas àquele público. E é ela mesma quem se prontifica a revelar o segredo, e as fotos caem nas mãos de todos dos meninos e meninas da rua.

E assim passam-se aqueles meses, entre um pique-esconde, longe e perto dos outros, Capitu e Bento brincaram de beijar na boca e trocar carícias envolvendo naquele pequeno romance as amigas que lhes serviam como bombo-correio.

No início era a paixão que o tornara alheio à vida que tinha. Nada mais o interessava. Nem as aulas de inglês, ou de biologia, tampouco o esporte. Tudo que queria era Capitu e quando não podia, ficava em seu quarto sonhando com os beijos e os seios dela. Passava os dias flutuando naquelas brincadeiras recém descobertas. Ficou introspectivo, calado, quieto.

E de repente, não mais que de repente parecia o soneto da separação. E veio o espanto. Capitu tornou-se obsessiva com a relação. Falava que queria ter um filho dele. E tudo aquilo se tornou demais para Bento. No começo parecia legal e excitante a novidade, mas agora a moça o cansava com suas conversas de fugir, ter filho, eu te amo. Ela o proibia de falar com as outras meninas, mandava nele. Bento mudou. Antes envolvia-lhe a áurea dos amantes, era um distanciamento feliz de sua vida. Mas agora, a introspecção refletia um ar preocupado e medroso.

Capitu passou a controlar os passos do garoto. Não deixava que ele conversasse com outras meninas e quando isso acontecia, gritava com elas ameaçava-as com uma faca. Capitu acabou por sair daquela vizinhança e foi trabalhar em outro lugar. Ligava insistentemente do novo emprego para a casa do garoto. Vez ou outra aparecia de carro na rua, acompanhada de outras pessoas, apontava Bento, dizia que o amava e que iria voltar para buscá-lo.

Certo dia, Bento foi à locadora com uns amigos para pegar filmes. Capitu apareceu. Ele apressadamente pegou a bicicleta para sair daquele lugar e, ao tempo em que se distanciava, Capitu corria atrás dele gritando “fala comigo ou me joga na frente de um carro e morro!”. Era o fim do romance.

2 - Os fatos e o inquérito

Todos naquela vizinhança já sabiam do caso e assim, quando o fato virou comentário de rua, o pai de Bento, Sr. Lauro, tomou conhecimento, por meio de uma vizinha, de que seu filho estava se envolvendo com Capitu. A partir de então passou a observar o que não era tão recente. Os dois estavam sempre juntos na rua conversando. Em casa, o silêncio, a introspecção fazia o filho parecer menos criança e mais maduro.

O pai do garoto foi à delegacia e ao tempo que narrava uma estória o escrivão tomava as notas no computador. Mas não foi a mesma história que acabei de contar. Em sua versão dos fatos Capitu estava a perturbar a vida do garoto. Contou que “Ele demonstrava estar gostando de Capitu, pois os dois sempre estavam juntos. Entretanto, deste relacionamento criou-se uma obsessão por parte de Capitu, pois esta passou a impedir que ele falasse ou brincasse com outras meninas e exigia que ele sempre ficasse ao seu lado. Diante de tal fato resolveu registrar a ocorrência policial de perturbação de tranqüilidade”

E assim, o caso entre Capitu e Bento transformou-se em inquérito.

Todos os colegas da rua, o irmão, as patroas de Capitu, pessoas conhecidas, a avó de Débora, entre outras pessoas deram o seu testemunho, procedimento que foi repetido durante o processo.

O Sr. Lauro voltou à delegacia para se queixar que Capitu estaria espalhando que a estória do processo não ia dar em nada e que se sentia muito incomodado com o fato da moça estar rondando sua casa e seu filho.

3 – Um Disse que disse

A vizinha de Bento – Antônia - declarou que “Capitu chegou a me confidenciar que toda a vida foi encucada com criança sendo que já tinha estuprado um menino de 12 anos no Maranhão”

Uma conhecida declarou que “Capitu contou que tinha um amigo policial que é foragido da polícia e que ia pedir ajuda para seqüestrar Bento” Disse ainda que “soube pelo pessoal da rua que ela tinha sido demitida do emprego, pois tinha tentado seduzir o filho de sua patroa, de 13 anos”. Essa mesma estória foi repetida por várias testemunhas.

A tal patroa veio ao processo e esclareceu o boato. Declarou que Capitu trabalhou durante oito dias na residência, tendo sido mandada embora devido ao fato de ter levado, na sua ausência, uma amiga e um indivíduo cabeludo e tatuado para dentro da casa quando estavam presentes somente os filhos dela e também por ter obrigado o filho Hermes a ligar insistentemente para Bento. Ela mesma declarou que Capitu não fez nada a seu filho, pois estava fissurada em Bento.

Bento, seu pai e irmão, as amigas, vizinhas foram novamente ouvidas em juízo. E veio a sentença.

Capitu foi condenada por atentado violento ao pudor com presunção de violência a cumprir 6 anos de reclusão em regime fechado.

A defensoria pública apelou. O Ministério Público, em contrarrazões e no parecer da Procuradoria, opinou pela absolvição de Capitu. Merece destaque o parecer da procuradoria no que ora transcrevo:

“Normalmente poetizamos, para presunção de violência, uma menina, ainda inocente, franzina, ainda não desperta para o sexo.

Contrariamente, no presente caso, a vítima trata-se de menino, nada frágil, nada inocente, bem informado, provavelmente com a palma da mão cheia de cabelos e que não precisa dessa proteção”

Palavras bizarras proferidas neste caso inusitado, que agora faço crônica.

O processo vai ao TJDFDT sendo distribuído ao Desembargador Romão C. Oliveira, quem como de costume, lançou o relatório e mandou os autos para revisão.

Neste exato momento eu passo a fazer parte dessa estória, desse pequeno conturbado romance acontecido numa cidade satélite do Distrito Federal. Que virou inquérito. Que virou processo. Que virou condenação.

A revisão ficou à cargo da juíza de direito com quem eu trabalho, que à época estava convocada para a Segunda instância. Eu peguei aleatoriamente estes autos que reescrevo. Era a minha função fazer a revisão, elaborar o voto que diria se Capitu deveria ou não ser condenada pelo fato que tantas vezes fora escrito, descrito e narrado pelo mais variado tipo de pessoas. Moradores do Guará, empregadas domésticas, crianças, um juiz, um promotor, um defensor, um procurador, um desembargador. Agora era a minha vez de também e mais uma vez contar aquele fato.

Fizemos um voto pela absolvição, mas o relator tinha decidido que Capitu deveria ser punida. O vogal achou por bem pedir vista, e após alguns dias de tensão e mistério, proferiu seu entendimento e Capitu foi absolvida por dois votos a um.

Chego com pesar ao fim de minha história. Tal fim não é, como se havia de esperar, triste, como o fim de todos os romances. É, todavia, controverso e confuso, porque são inúmeras as controversas indagações que suscita.

Capitu é absolvida deixando para trás as dúvidas quanto às verdades que se podem alcançar quando o fato é transportado para o trâmite de um processo, com sua forma particular de refazer e recriar, porque o fato se torna, na verdade uma realidade distanciada e única, feita somente de palavras.

Um caso inusitado, em que permanece a dúvida sobre o desfecho. Desfecho feliz para a protagonista, para nós, incômodo, ante a pergunta que permanece latente: e se ela fosse um ele e ele fosse um ela, como terminaria essa história?

Este é caso Capitu. A postura do relativismo, enquanto forma de olhar a alteridade, no momento da análise, ainda que inconscientemente, serviu de orientação para a forma como iríamos fundamentar o argumento de que a moça deveria ser inocentada. E o relativismo se apresenta no caso Capitu ante a aceitação do discurso que parte do senso comum.

De uma experiência que partiu do estranhamento, posso afirmar que proferir uma decisão em um caso como esse é uma atividade, eu diria, pouco solitária. A exposição do fato para outras pessoas, que estão dentro e fora do ambiente de trabalho ajuda muito. A ponderar esclarecer suas próprias idéias. Porque elas falam, emitem a sua opinião. Existiu, neste caso, uma dimensão que é a busca pelo senso comum. É ouvir e com muita atenção o que pessoas que estão de fora do mundo, do ambiente jurídico acham do fato. A busca pelo senso comum expressa como o relativismo esteve presente nesse caso. Tanto eu quanto a Juíza procuramos conversar com outras a fim de saber qual era a opinião delas sobre o caso.

Foram conversas informais. Eu narrei o fato para amigos, conhecidos. Certa vez, uma amiga deu sua opinião da seguinte forma: “é perfeitamente possível que uma mulher de 20 anos se apaixone por um menino”. Por coincidência, a família dessa amiga é do Piauí e não posso deixar de fora esse dado tão trivialmente colhido. Ela contou que no Piauí a situação de escravidão ainda é muito

comum. Que as famílias ficam nas terras por favor dos donos, e costumam ter filhos. Vários. Que é comum ainda a situação da família que se muda pra outra cidade. Assim, um parente, que vive na cidade está precisando de uma pessoa pra cuidar do filho eles pegam aquelas meninas, filhas daqueles que vivem de favor nas terras dos patrões. Essas meninas vêm diretamente do interior para fazer trabalhos domésticos nas cidades. São muitas meninas que acabam se tornando massa de trabalho excedente. Contou que a sua empregada, a Tianainha, era um exemplo disso. Moça do interior do Piauí que veio para trabalhar aqui em Brasília. Tianinha, aos treze anos, tinha ficado grávida. O mais espantoso é que ela não sabia como se fazia pra ficar grávida. A barriga começou a crescer e ela achou que estava com barriga d'água. Foi ao médico e descobriu a gravidez, e apesar disso não sabia como nem o que tinha feito. Isso é uma ilustração trivial, mas que serve bem para demonstrar a minha questão. Não dá pra comparar o nível de conhecimento de uma pessoa que vive numa cidade grande com a de uma menina interiorana. E assim concluiu, que seria perfeitamente possível a paixão de uma mulher de 20 por um menino de 12.

Perguntei a ela se um menino de 12 saberia o que é o sexo. Respondeu que sim. Essa amiga também tem um filho e um sobrinho. Os meninos estão na faixa dos 8 anos. Disse que o sobrinho dela é louco com playboy, e que a revista tem que ser escondida pra ele não ficar folheando. A forma como meus amigos homens se manifestavam sobre o caso era mais engraçado. Nenhum deles parecia duvidar que meninos de 12 anos sabem explorar, e muito bem, sua própria sexualidade. Achavam que Capitu tinha feito um favor a Bento e não merecia ser punida. As opiniões que a juíza ouviu foram contrárias, mas por outro argumento. Ela expôs o caso para pessoas mais velhas, seu marido e irmãos, que consideraram a absolvição errada, porque se fosse um homem como acusado, provavelmente a condenação teria sido mantida.

E se fosse um homem e uma garota?

A presente indagação proposta pelo senso comum surgiu em diversos momentos, principalmente naqueles em que eu contei esse fato a pessoas leigas. Eu parto da hipótese de que o senso comum não está distanciado do Direito. Porque tanto eu quanto a juíza levamos o assunto para amigos, e familiares em conversas informais. Interessante que essa indagação sobre a inversão dos gêneros apareceu para as pessoas, elas mesmas colocavam a questão: e se fosse um

homem e uma garota? A conclusão a que chegaram é que nesse caso não haveria absolvição.

Essa hipótese me coloca numa posição muito machista, (assim como todos que me falaram suas impressões) o que é uma observação muito pessoal, mas ao mesmo tempo traz implicações para a decisão. Isso porque, não poderia, em tese, haver distinção na decisão pelo fato de ser uma mulher como acusada. Foi somente uma indagação. E que me causou muito desconforto. O incômodo persiste, sem solução. Eu não sabia o motivo, mas acabei percebendo que isso reflete um aspecto muito moral na atividade dos juízes, aspecto este que não deve(ria) ser levado em consideração, não faz parte do direito. Melhor dizendo, não faria. Aprendemos na faculdade que o direito é uma bolha redonda e translúcida que não se mistura com nada. Esta assertiva dá o aspecto de ciência depurada, refinada. Entretanto, não foi isso que eu vivenciei. Não dá pra saber, inclusive, se a decisão da juíza seria igual. Mesmo porque, o relator entendeu pela manutenção da moça na cadeia. 6 anos. 6 anos. É demais. Proponho-me aqui a refletir o fato de que essa experiência pontual demonstra que a lei muitas vezes é o último parâmetro que vamos usar para proferir a decisão. O bom senso também é parâmetro, ainda que não institucionalizado, uma forma de olhar não somente os fatos jurídicos, mas todas as coisas. Bom senso é algo a que qualquer ser humano, não somente os juízes têm acesso.

EPÍLOGO

Chego ao final da análise desse caso deixando mais perguntas que respostas. Trabalhar no gabinete de uma juíza me possibilitou perceber aspectos do cotidiano do tribunal que surgiram a partir do caso Capitu. São acontecimentos que não dizem respeito a Lei, ao Direito como disciplina acadêmica, mas sim às pessoas que o manejam, os juízes, e a forma como elas se comportam para produzir uma decisão.

Tratou-se e trata-se ainda para mim de uma experiência antropológica, o gabinete é meu campo e o acontecimento que descrevi foi feito a partir de uma observação participante. Mais do que isso na verdade. Eu não estava e não estou somente como pesquisadora, eu faço parte desse ambiente, e participei ativamente na decisão que inocentou Capitu.

Verdade real. Se existe uma verdade real, então também existe um contraponto, sua antítese, uma verdade imaginária. Vá lá usar um termo como esse num debate filosófico. Mas os manuais de processo penal ensinam exatamente isso. Devemos chegar à verdade real. Pretensão demasiada. Como, verdade real? O fato deixa ser aquilo que é no momento em que ficou no passado. A realidade do processo pode apenas remeter-se ao fato, a partir das intermediações. O fato se transforma em discurso, e é dito a partir de um olhar específico, pessoas particulares e nada imparciais. O fato vira o discurso da vítima, o discurso do acusado e das testemunhas. Se nem mesmo aqueles que vivenciaram o fato tem acesso a ele em sua forma pura, que se dirá dos juízes. O objeto não é o objeto em si, é transformado pela narrativa pelo ponto de vista de quem fala. Tudo que se tem é a fusão do objeto e do discurso que vai formar um terceiro, um novo horizonte.

No início, tudo era estranhamento. A minha intenção foi fazer desse estranhamento uma análise desconstrutiva de um modelo de jurisdição.

Para inocentar Capitu foi considerado tanto o argumento da jurisprudência em relativizar a interpretação da presunção de violência quanto a opinião de pessoas leigas. O que aponta no sentido de que o juiz remete a um histórico, de-

cisões precedentes para adequar as particularidades do caso peculiar. Afinal, ele é mais um a contribuir para uma história, um romance que vem sendo contado por diversos escritores.

Quanto aos fatos, chego ao final com o estranho incomodo de que Capitu não cometeu o crime pelo qual foi denunciada, mas algumas de suas atitudes mereciam punição. Punição esta que talvez tenha se concretizado com o próprio fato de se submeter a um processo. Mas ela se excedeu. Dançou nua perante meninos e meninas e perturbou a vida do pobre Bento, quando ele decidiu que não queria mais encontrá-la. Mas esses são acontecimentos pelos quais ela não foi acusada. O processo penal não permitiria uma condenação para além do enquadramento descrito na denúncia. Fosse o caso, o juiz poderia ter dado outra tipificação. Entretanto, qual seria? Veio-me à mente o crime de sedução. De fato, o que mais parece é que ela seduziu o garoto, levou-o a beijá-la e tocá-la por intermédio das provocações típicas de quem é hipnotizado quando se acha seduzido por um outro alguém, e acaba cedendo ao chamado. Mas o crime de sedução não mais pertence ao nosso ordenamento jurídico. E ainda se estivéssemos sob a vigência de tal artigo, não caberia aplicá-lo. É que o crime de sedução tinha como agente um homem. Capitu, entretanto, era uma moça, uma menina-quase mulher recém chegada do Piauí, que se dava o direito de brincar de pique-esconde.

Por fim, a interrogação maior segue: e se ela fosse um ele, e ele fosse um ela como terminaria essa história? No romance de Machado de Assis e neste processo permanece a dúvida quanto à culpa das homônimas, ou a extensão dela.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Machado de. Dom Casmurro. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DELMANTO, Celso. et al. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. Historia da sexualidade: a vontade de saber. São Paulo: Graal, 2005.
- _____. As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das Ciências Humanas. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. A Ordem do Discurso: Uma aula inaugural no College de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Loyola, 1996.
- FREITAG, Barbara. Sociedade e consciência: Um estudo piagetiano na favela e na escola. São Paulo: Cortez, 1984.
- GINZBURG, Carlo. Olhos de Madeira: Nove reflexões sobre a distância. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 3: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes sexuais: Bases Críticas para a reforma do Direito Penal Sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOUZA, José Guilherme de. Vitimologia e violência nos crimes sexuais – uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. et al. Escrevendo um romance: Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 9, p. 21-44, jan-jun 2009.
- WILHELM, REICH. A revolução sexual. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.

JÚLIA DE MIRANDA MENEZES

**O INSTITUTO DO JUS POSTULANDI
PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO E O JULGAMENTO DOS
E-AIRR E RR Nº 85.581/03.5:
UM ESTUDO DE CASO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador:
Prof. Fernando Hugo Rabelo

Agradeço ao professor Fernando Hugo pela sabedoria e auxílio no decorrer do trabalho. Agradeço também à minha família, em especial à minha avó, aos meus pais e à minha irmã pela inspiração e apoio constante. E ao meu namorado pelo incentivo e paciência.

Meus sinceros agradecimentos a Sérgio Carvalho Borges, Viridiana Machado e Samuel Rodrigues pelo carinho com que me receberam e pelo tempo que dedicaram a mim compartilhando experiências e conhecimentos.

A Cristina Zackseski, professora e orientadora, minha eterna gratidão pelas horas gastas lendo as inúmeras versões deste trabalho e minha admiração pela excelência com que exerce a profissão de pesquisadora e professora.

A todos aqueles que me ensinaram a enxergar um pouco mais do que há para ver neste mundo, muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende demonstrar o cabimento do *jus postulandi* perante o Tribunal Superior do Trabalho. A análise será feita a partir do estudo do julgamento de um incidente de uniformização de jurisprudência pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, a partir do julgamento do Recurso de Embargos pela Subseção 1 de Dissídios Individuais. Na ocasião, o Tribunal Superior entendeu que não caberia a aplicação do instituto naquela instância extraordinária. Inicialmente, procurar-se-á apresentar o instituto do *jus postulandi* em face do ordenamento jurídico brasileiro, como surgiu e sua definição. Em um segundo momento será apresentado um relatório do julgamento com exposição do entendimento dos Ministros. A partir da decisão, será feito um exame minucioso do instituto no caso concreto, demonstrando também a sua relevância social, bem como as consequências de que decorreria a sua extinção.

Palavras-chave: Pressupostos processuais. Capacidade postulatória. *Jus postulandi*. Indispensabilidade do advogado. Direito processual trabalhista. Tribunal Superior do Trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
E-AIRR	Embargos em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
LC	Lei Complementar
MC	Medida Cautelar
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RR	Recurso de Revista
SBDI-1	Subseção I da Seção de Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

Para que se possa entender com clareza o porquê do surgimento do *jus postulandi* faz-se necessário um estudo prévio dos conceitos de processo, procedimento e relação jurídica processual, que nos remete à análise das condições de validade do processo.

A justiça do trabalho surgiu com o intuito de solucionar conflitos entre empregados e empregadores, em 1934, quando ainda não fazia parte do Poder Judiciário.

E, no âmbito trabalhista, o *jus postulandi* já vinha sendo aplicado antes mesmo de sancionada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com o propósito de facilitar o acesso à justiça, principalmente à parte hipossuficiente, além de tornar o processo mais célere.

Daí falar-se que o instituto tornou-se um exemplo concreto e instrumento democrático posto à disposição do trabalhador brasileiro e que desempenha papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, traduzindo-se em princípio de excepcional relevância social.

Todavia, desde a previsão da essencialidade do advogado à administração da justiça pelo artigo 133 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), parte da doutrina tem entendido não mais ser possível admitir às próprias partes capacidade para postular em juízo.

Como não houve revogação expressa quanto à norma prevista no artigo 791 da CLT, teria havido uma revogação tácita do instituto?

Estando a norma ainda em plena vigência no ordenamento jurídico brasileiro, qual a melhor forma de aplicá-la? E, principalmente, qual a sua extensão no âmbito trabalhista?

Esta última questão, discutida em julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), trouxe também outras dúvidas a respeito do *jus postulandi*.

Isso porque, decidindo-se pela inadmissão do instituto em instância extraordinária, como restarão as questões referentes aos honorários advocatícios? Quais conseqüências terão os processos já em andamento perante a justiça do trabalho, aqueles em que a parte está a utilizar a sua capacidade postulatória? E aqueles indivíduos que não podem arcar com os custos de um advogado?

O estudo, porém, está delimitado ao julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho, no qual se definiu a extensão do *jus postulandi* no processo trabalhista.

No primeiro capítulo apresentar-se-ão os pressupostos processuais, dentre eles o *jus postulandi*, sua conceituação e surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, com um breve histórico, assim como a sua aplicação em outros países.

No capítulo dois será relatado o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, os votos dos Ministros com seus argumentos, a favor ou contra a aplicação do instituto, e as discussões nele envolvidas.

E, em seguida, no terceiro e último capítulo, será feita análise do julgamento com exposição dos efeitos decorrentes da decisão do Tribunal, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

O processo é o meio pelo qual se exerce a chamada função jurisdicional, com o propósito de resolver os conflitos existentes na sociedade, decorrentes das relações entre os cidadãos, além de tentar alcançar a justiça de acordo com a vontade concreta da lei.

Como bem conceituam Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.).¹

Assim, considera-se instalado o processo quando constituído de três sujeitos principais: Estado, autor e réu. *Judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (Búlgaro). Sem o órgão judicial não há como formar a relação jurídica processual. Assim como não há a relação sem a provocação inicial da parte perante o juízo, e por isso, também chamada de litigante, ou seja, aquele que integra o conflito estabelecido e que deu origem ao processo.²

No mesmo sentido, para Liebman, citado por Humberto Theodoro Jr., “são partes do processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento)”.³

Importante destacar que os pressupostos processuais distinguem-se das condições da ação, isso porque os primeiros são requisitos de existência e vali-

¹ CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 295-296.

² THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 86.

³ Ibidem. p. 86.

dade do processo. Ao passo que as segundas referem-se à existência efetiva do direito de provocar a jurisdição. Ambos antecedem a análise do mérito, já que na falta de qualquer destes ocorrerá a extinção do processo.⁴

Os pressupostos processuais referem-se à própria existência do processo, sendo, portanto, preliminares à análise do mérito. Podem ser divididos em dois grupos: os subjetivos e os objetivos. O primeiro diz respeito aos sujeitos que atuam no processo (partes e juiz/juízo). O segundo refere-se aos chamados pressupostos extrínsecos, ou seja, que se encontram fora do processo, e que condicionam a eficácia e a validade da relação jurídica processual.⁵

1.1 Pressupostos objetivos

Também chamados de pressupostos negativos, pois podem impedir a instauração do processo, os requisitos objetivos são fatos estranhos à relação jurídica processual. Geralmente, trata-se de vício insanável, que acarretará a extinção do processo, salvo quando disser respeito apenas a uma parte da demanda. Nesse caso, a inadmissibilidade será parcial.⁶ Pode-se citar como exemplo de pressupostos objetivos: litispendência, quando as ações são idênticas (artigos 267, V, e 301, § 3º, ambos do Código de Processo Civil - CPC⁷); coisa julgada, quando transitada em julgado uma sentença de mérito (artigos 267, V, e 301, § 3º, do CPC); ou quando não são pagas as custas processuais de forma correta (artigo 268, CPC).

⁴ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, v. 1, p. 119.

⁵ Ibidem. p. 114-115.

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v.1, p. 220- 221.

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11.01.1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial** de 17.01.1973, P. 1.

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de

1º.10.1973).

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

I.2 Pressupostos subjetivos

Dentre os pressupostos subjetivos relativos às partes encontram-se: a capacidade de ser parte, a capacidade processual e a capacidade postulatória. A capacidade das partes e a sua legitimação, diretamente ligada à representação nos autos, são algumas das condições de validade da relação processual e às quais será dada maior atenção neste capítulo.

De acordo com Carnelutti:

A capacidade é a expressão da idoneidade das pessoas para atuar em juízo, inferida de suas qualidades pessoais.

A legitimação representa, pelo contrário, tal idoneidade inferida da sua posição com respeito ao litígio.

Estas duas noções mostram que os dois requisitos, mesmo referindo-se ambos ao modo de ser do sujeito agente, têm de ser considerados como essencialmente distintos.⁸

Quando irregulares os pressupostos processuais, o juiz deverá, ex officio, reconhecê-los e tomar as providências cabíveis, conforme determinar a lei. Isso porque eles são essenciais à formação jurídica processual e a ausência destes configura causa de nulidade.

I.2.1 Capacidade de ser parte

Extrai-se do artigo 7º do Código de Processo Civil, que toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

A seguir, Celso Agrícola Barbi, citado por Darlan Barroso, tece comentários acerca do disposto no supracitado artigo:

Assim, têm capacidade de ser parte toda pessoa natural, não importando a idade, estado mental, sexo, nacionalidade, estado civil, bem como as pessoas jurídicas, além de outras a que a lei atribui essa capacidade, como o nascituro e espólio etc. Mas a capacidade de estar em juízo, também chamada legitimidade, ou legitimação para o processo, o *legitimatatio ad processum*, só é atribuída aos que

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 51.

estiverem no exercício de seus direitos, excluídos assim, os menores, os loucos, os silvícolas etc.⁹

Nesse sentido, Darlan Barroso explica que a capacidade de ser parte “compreende a legitimidade *ad causam* ou a existência de direito ou obrigação. Toda pessoa que for sujeito de direitos ou obrigações terá capacidade para estar em juízo na defesa de seus interesses”. E assim, até mesmo os incapazes possuem a capacidade de ser parte, já que titulares de direitos e obrigações, ou seja, podem ter em juízo a defesa de seus direitos.¹⁰

Não existe tempo certo para que seja argüida a incapacidade da parte. Desse modo, enquanto existente a relação jurídica processual, é possível pedir-se a extinção do processo.¹¹

1.2.2 Capacidade processual

A capacidade processual, também denominada *legitimatio ad processum*, consiste na qualidade de integrar a relação processual, em nome próprio ou alheio, sendo requisito de validade processual.

Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello assim definiu:

A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei, tais como síndico, administrador de condomínio, inventariante etc. (art. 12 do CPC).¹²

Geralmente, a capacidade das partes necessária para compor uma relação jurídica processual válida é a mesma para a prática dos atos da vida civil, a qual envolve atos jurídicos de direito material. Sendo assim, aquele que não dispõe de aptidão civil para a prática de atos jurídicos materiais, como é o caso do menor,

⁹ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, v. 1. p. 123-124.

¹⁰ Ibidem. p. 115.

¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 238.

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 03, p. 31, 2001.

também não dispõe de capacidade processual. Poderá esta ser suprida pela figura jurídica da representação.¹³

Quando necessária a representação, como é o caso, por exemplo, do incapaz, este “representante não é considerado parte, mas sim gestor de interesses alheios”, nas palavras de Schönke, citado por Humberto Theodoro Jr..¹⁴

No entanto, a falta de capacidade processual não gera, necessariamente, a extinção do processo. Infere-se do caput do artigo 13 do CPC¹⁵ tratar-se de vício sanável. Porém, a não-sanação trará conseqüências distintas, a depender, se no caso for o autor (extinção do processo, se for o único; em caso de litisconsórcio, exclui-se o autor incapaz), o réu (dá-se seguimento ao processo à sua revelia) ou mesmo um terceiro (exclusão do processo).¹⁶

Importante ressaltar que a capacidade de ser parte não se confunde com a capacidade de estar em juízo. Isso porque a qualidade para figurar em um dos pólos da ação não depende da capacidade civil, ela refere-se apenas ao fato do sujeito possuir direitos e obrigações, ao contrário da capacidade de estar em juízo que está condicionada à aptidão para o exercício do direito.¹⁷ Contudo, a capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte.

A representação processual pode ocorrer de duas maneiras, quais sejam, voluntária, decorrente de negócio jurídico, ou legal, quando assim a lei dispuser.

No caso da representação voluntária, a parte escolhe quem atuará em seu nome. Porém, quando se tratar de incapazes, ou seja, quem não possui aptidão civil para praticar atos jurídicos materiais, falar-se-á em representação legal para suprir tal incapacidade processual.¹⁸ É o caso do artigo 8º do Código de Processo Civil que dispõe que “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil”.

¹³ THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 89-90.

¹⁴ *Ibidem*, p. 89.

¹⁵ “Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito”.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1. p. 214- 215.

¹⁷ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, v. 1. p. 123-124.

¹⁸ THEODORO JR, Humberto. *op. cit.* p. 90.

Extraí-se do disposto no Código de Processo Civil que têm capacidade para figurar como parte na relação processual as pessoas naturais, jurídicas e formais.

No que diz respeito às pessoas físicas, fala-se em capacidade plena quando estas podem exercer plenamente seus direitos, com poderes totais para a prática de atos da vida civil, ou seja, podem atuar pessoalmente em processos judiciais, podem outorgar procurações, firmar acordos e etc.¹⁹

De acordo com Fredie Didier Jr., quando se tratar de pessoas jurídicas, não se deve falar em representação, mas sim em “*apresentação*” em juízo. O artigo 12 do CPC²⁰ dispõe sobre as hipóteses de representação (incisos III, IV e V) e de apresentação (incisos I, II, VI e VIII).

Com mesma linha de pensamento, Pontes de Miranda:

Observe-se que, na comparência da parte por um órgão, não se trata de *representação*, mas de *apresentação*. O órgão apresenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante. (...) De modo que há a apresentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão apresenta, materialmente; e, processualmente, também apresenta.²¹

Outros autores também conceituados, como Humberto Theodoro Jr. e Darlan Barroso, não fazem essa distinção entre a representação e a apresentação. Para eles, a representação, seja ativa ou passiva, das pessoas jurídicas, públicas ou privadas, se dará por pessoas com poderes para tal, nos termos da lei ou dos

¹⁹ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, v. 1. p. 125.

²⁰ “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante;

VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único) ”;

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I. p. 219-220.

instrumentos internos (como estatutos e contratos sociais), conforme prevê o artigo 12 do CPC.²²

Em se tratando de pessoas casadas, a restrição da capacidade processual foi imposta já no Código no que diz respeito às ações sobre direitos reais imobiliários (artigo 10 do CPC). O Código Civil de 2002 (CC)²³, flexibilizando a disposição do Código Civil de 1916, em seu artigo 1.467, inciso I, excluiu o regime de separação absoluta de bens da exigência de consentimento do cônjuge para pleito judicial. Ademais, o Código de Processo Civil ainda prevê hipótese da autorização do cônjuge ser suprida por decisão judicial, quando não for possível dá-la ou a recusa for sem justo motivo, conforme artigo 11.

Outra forma de representação judicial é a curatela especial, casos em que o juiz nomeia representante especial para a parte com intuito de proteger e resguardar seus interesses²⁴. De acordo com o artigo 9º do CPC, o juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Tratando-se de curador especial para parte incapaz, casos de incapacidade absoluta ou relativa, este será designado para suprir a incapacidade processual quando a parte não possuir representante ou estiver em litígio com ele. Ressalte-se que não será suprida a incapacidade material, mas tão somente a processual. Ademais, a nomeação de curador especial nesses casos não exclui a necessidade de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.²⁵

Para Ugo Rocco, citado por Fredie Didier Jr., assim também deve ser aplicada a nomeação de curador especial para o incapaz quando, em ações que

²² BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, v. 1. p. 127. Também assim, THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 93.

²³ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União** de 11.01.2002, P. 1.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1. p. 231.

²⁵ Ibidem. p. 231.

envolvam pessoas jurídicas ou entes formais, o órgão que a presente ou a pessoa que a represente não puder praticar os atos processuais necessários à sua defesa.²⁶

Já no inciso II, o legislador dispõe sobre os casos em que o curador é designado para representar a parte incapaz apenas do ponto de vista processual, ou seja, que possua capacidade para praticar atos de direito material, mas que não a tenha para representar em juízo. Por se tratar de pressuposto processual por imposição legal, quando não observada a necessidade de nomeação de curador especial, todo o procedimento será nulo a partir daí.

De acordo com o parágrafo único do artigo 9º do CPC, “nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial”. E a Lei Complementar (LC) nº 80/94²⁷ atribui à Defensoria Pública a função da curatela especial. Portanto, apenas nas localidades em que não houver Defensoria Pública deverá o juiz, *ex officio*, a pedido da parte ou do Ministério Público (MP), nomear curador especial à parte, que poderá ser o próprio MP, um advogado ou qualquer pessoa capaz e alfabetizada.²⁸

Para José Roberto dos Santos Bedaque, citado por Fredie Didier Jr., importante ressaltar que, caso o curador nomeado não seja advogado, será necessário constituir advogado para suprir a incapacidade postulatória, a qual veremos adiante. Recomenda-se, desse modo, que o juiz nomeie um advogado que, além de regularizar a representação processual, também poderá suprir a capacidade postulatória.²⁹

1.2.3 Capacidade postulatória

O *ius postulandi*, ou a capacidade postulatória, é também pressuposto processual relacionado às partes.

Os atos processuais para que sejam considerados válidos exigem a capacidade processual, e não apenas aquela capacidade para a prática de atos materiais. Alguns exigem ainda, além da capacidade processual, a capacidade postulatória.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1. p. 231.

²⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial** de 13.01.1994.

²⁸ DIDIER JR., op. cit. p. 235.

²⁹ Ibidem. p. 235-236.

De acordo com Fredie Didier Jr., pode-se dizer que a capacidade necessária para a prática dos atos jurídicos é bipartida: capacidade processual e capacidade técnica. A esta última dá-se o nome de capacidade postulatória, exigida apenas para alguns atos jurídicos. Para outros, necessária apenas a capacidade processual.³⁰

Possuem capacidade postulacional os advogados regularmente escritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Ministério Público da União. Em alguns casos, às próprias partes é permitida a integração da capacidade postulatória, quais sejam as hipóteses previstas no artigo 36 do CPC³¹, em ações perante os Juizados Especiais, em ações perante a Justiça do Trabalho e no *habeas corpus*.

Portanto, geralmente, faz-se necessária a constituição de advogado nos autos como representante da parte. E, tratando-se de requisito de validade, o ato processual praticado sem a capacidade postulatória exigida pode incorrer em invalidade, se do defeito deste decorrer o prejuízo. Busca-se, contudo, o aproveitamento do ato processual.³²

No processo do trabalho, a capacidade postulatória é facultada diretamente às partes, ou seja, sem a exigência de serem representadas por advogado, nos termos do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.³³

³⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1. p. 215.

³¹ “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser -lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos q ue houver”.

³² DIDIER JR., op. cit. p. 216.

³³ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943** . Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto - Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

1.2.3.1 Jus postulandi e o direito processual do trabalho

O *jus postulandi* é permitido já há muito tempo em vários países da Europa e da própria América.

É possível observar na Alemanha a capacidade postulatória do cidadão quando este se depara com a violação de um direito fundamental por parte de um dos três poderes, ou até mesmo por sentença judicial. O fundamento de tal permissivo constitucional é de que, sendo a Constituição bem do povo, este pode invocá-la diretamente perante o órgão. Por isso, o Tribunal Constitucional alemão prevê a chamada “queixa constitucional” (Verfassungsbeschwerde), em que é permitido ao indivíduo reclamar direta e pessoalmente ao Tribunal Constitucional, portanto, sem o patrocínio de um advogado, respeitados os requisitos recursais. Dispõe o § 11 da Lei Alemã de Processo do Trabalho ser consentido à parte a condução pessoal do seu processo, sendo-lhe facultada a representação por sindicato de empregado e empregador ou por instituições formadas pela junção delas, através de procuração específica para este fim ou por previsão em estatuto.³⁴

Igualmente ocorre no Código de Processo do Trabalho Português, em que há a previsão de reclamação pessoal em seus artigos 2 e 3. Ou mesmo em países como a Dinamarca, Finlândia, Israel, Noruega, Espanha, Suécia e Reino Unido, onde é permitido às partes reclamarem pessoalmente ou representadas por organizações sindicais, ou seja, sem a necessidade de advogado, conforme estudo feito por Werner Blenk a respeito de aspectos processuais e técnicos das ações sobre dispensa de empregados, publicado no livro “European Labour Courts: Current Issues”.³⁵

No mesmo sentido, a Ley Federal do Trabajo mexicana em seu artigo 375, *in verbis*:

Los sindicatos representan a sus miembros en la defensa los derechos individuales que les correspondan, sin perjuicio del derecho de los trabajadores para obrar o intervenir directamente, cesando entoces, a petición del trabajador, La intervención del sindicato.³⁶

³⁴ SILVA, Antônio Álvares da. Jus Postulandi. *Revista Ciência Jurídica do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 10, n. 66, nov./dez. 2007. p. 46-48.

³⁵ Ibidem. p. 46-48.

³⁶ SILVA, Antônio Álvares da. Jus Postulandi. *Revista Ciência Jurídica do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 10, n. 66, nov./dez. 2007. p. 48.

No Brasil, o princípio passou a ser aplicado em 1939, antes mesmo de promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho. O então Presidente Getúlio Vargas, através do Decreto-Lei nº 1.237³⁷, o qual previa em seu artigo 42 que o reclamante ou o reclamado pudessem comparecer à audiência sem o patrocínio de advogado, já esboçava a previsão do instituto. Posteriormente, o Decreto nº 6.596³⁸, de dezembro de 1940, consolidou o *jus postulandi*, dispondo em seu artigo 90 que aos empregados e empregadores era facultado o direito de acompanhar pessoalmente as suas reclamações até o final. E, por fim, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que estabeleceu a Consolidação das Leis do Trabalho, confirmou a capacidade postulatória das partes em seus artigos 791 e 839, mantendo-se até os dias de hoje.³⁹

Portanto, já nesta época o legislador observou a necessidade de proteger o trabalhador e de facilitar o seu acesso à justiça, tornando-o mais simples, rápido e eficiente. A partir de tal premissa, a Consolidação das Leis do Trabalho, representou para o proletariado uma grande conquista histórica da cidadania, mostrando-se um regime democrático. Ainda mais, ao acolher tais direitos fundamentais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁴⁰, iniciou-se uma discussão se o artigo 791 da CLT teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional. Isso porque a CF/88, em seu artigo 133 estabelece que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Para o processualista Darlan Barroso “a advocacia é função indispensável ao Estado Democrático de Direito, elevada pela Constituição da República, nos termos do seu art. 133, à condição de atribuição essencial à administração da

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.237, de 02.05.1939**. Organiza a Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1237.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

³⁸ Idem. Decreto nº 5.696, de 12.12.1940. Aprova o regulamento da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União** de 04.01.1941, Seção 1, p. 147.

³⁹ CARVALHO E SILVA FILHO, Jorge Moacyr de. “**Jus Postulandi**” no **Direito do Trabalho: Benefício ou Malefício**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/19463/1/JUS-POSTULANDI-NO-DIREITO-DO-TRABALHO-BENEFICIO-OU-MALEFICIO/pagina1.html>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial** de 05.10.1988, P. 1.

justiça [...]”.⁴¹

O Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência em outro sentido, como se infere das Súmulas nos 219 e 329, *in verbis*:

SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970. (ex-OJ nº 27 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000).⁴²

SUM-329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.⁴³

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite, mesmo o verbete tratando apenas de honorários advocatícios, deixa implícito que as partes continuam tendo o *jus postulandi* no processo do trabalho.⁴⁴

⁴¹ BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, v. 1. p. 130.

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SBDI -2). **Súmulas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html>. Acesso em: 06 jan. 2010.

⁴³ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 329. Honorários advocatícios. Art. 133 da CF/1988 (mantida). **Súmulas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html>. Acesso em: 06 jan. 2010.

⁴⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 294.

No entanto, volta a ser debatida a questão sobre a revogação ou não do artigo 791 da CLT com o advento do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906⁴⁵, de 04.07.1994, cujo artigo 1º, inciso I dispõe que são atividades privativas da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.⁴⁶

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento recente, decidiu pela impossibilidade de aplicação do princípio do *jus postulandi* nas ações que se encontram em instância extraordinária, como será analisado nos capítulos seguintes.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.906, de 04.07.1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial** de 05.07.1994, P. 10093.

“Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a **qualquer** órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

⁴⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 294.

JUS POSTULANDI PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: JULGAMENTO DOS E-AIRR E RR Nº 85.581/03.¹

II.1 Julgamento dos embargos à Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) em sessão ocorrida no dia 21.11.06

A controvérsia a respeito da admissão ou não do *jus postulandi* perante o Tribunal Superior do Trabalho surgiu em Sessão da SBDI-1, no julgamento dos Embargos em Agravo de Instrumento, em Recurso de Revista (E-AIRR), interpostos pelo reclamante Luiz Véspoli Sobrinho, em face de Fox Film do Brasil.

Na ocasião, o relator Ministro Milton de Moura França deu parcial provimento ao recurso de revista da reclamada, por contrariedade à Súmula nº 206, para declarar prescrita a ação no que se referia ao fundo de garantia por tempo de serviço sobre as parcelas alcançadas pela prescrição quinquenal, mantendo-se a prescrição trintenária em relação ao fundo incidente sobre as verbas pagas durante a vigência do contrato e manteve o reconhecimento do vínculo empregatício.

Quanto aos embargos apresentados pelo reclamante, o relator não os conheceu sob o fundamento de que a parte não estava autorizada a subscrever a petição de recurso, pois o *jus postulandi* é restrito à instância ordinária, de acordo com o artigo 791 da CLT combinado com o artigo 133 da Constituição Federal.

Divergindo da decisão, o Ministro Rider de Brito, então Presidente da sessão, manifestou-se no sentido de que a parte teria o direito ao *jus postulandi* em toda a Justiça do Trabalho, ou seja, da Vara até o TST. Caso quisesse recorrer para o Supremo Tribunal Federal, não teria mais o *jus postulandi*.

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. E-AIRR e RR nº 8558100-81.2003.5.02.0900. Tribunal Pleno. Embargantes: Luiz Véspoli Sobrinho e Fox Filme do Brasil e outros. Embargados: os mesmos. Relato r: Min. João Batista de Brito Pereira. Relator para acórdão: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 13 out. 2009. Acórdão pendente de publicação .

No entanto, o Ministro Moura França sustentou que se tratava de um recurso altamente técnico, e que se fosse admitido à parte subscrever às razões de recurso, seria necessário admitir sua sustentação na tribuna.

Para solucionar a controvérsia, o Ministro Presidente colheu, então, os votos quanto à admissão do *jus postulandi* na instância extraordinária. E, acompanhado pelos Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Aloysio Corrêa da Veiga, o Ministro Brito Pereira abriu a divergência para admitir à parte o direito de postular pessoalmente, inclusive na tribuna.

Para tanto, os Ministros fundamentaram-se na análise da finalidade do direito das partes de postulare diretamente para que, aqueles que não disponham de recurso, não lhes seja obrigatória a contratação de advogado. Recordaram ainda a representação classista que havia no Tribunal, em que os representantes não eram formados em direito e julgavam. Daí a incoerência em limitar o direito do empregado à instância ordinária, visto que o risco de ser mal defendido era do próprio empregado.

O Ministro Aloysio citou, por fim, a tentativa de limitação do *jus postulandi* no processo do trabalho. Na oportunidade, o Presidente da República vetou artigo 2º da Lei nº 10.288, de 20 de setembro de 2001, e já que não havia restrição, não se poderia excluir a possibilidade de postulação em qualquer grau de jurisdição trabalhista.

Votaram com o relator os Ministros Carlos Alberto Reis de Paula, Horácio R. Senna Pires e Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, não conhecendo o recurso de embargos do reclamante.

O julgamento foi interrompido com o pedido de vista regimental do Ministro Luiz Philippe Vieira de Melo Filho.

II.2 Continuação do julgamento em sessão ocorrida no dia 15.10.07 determinando a apreciação da matéria pelo Tribunal Pleno

Após pedido de vista regimental, o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho apresentou seu voto, no qual levou em consideração o princípio constitucional do amplo acesso ao judiciário, artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, bem como as outras hipóteses previstas pela legislação em que é concedido à parte o direito de postular pessoalmente.

Em citação ao Ministro Orlando Teixeira da Costa, ele realçou a necessidade de tornar a Justiça mais acessível, não apenas aos empregados, mas também aos empregadores, os quais nem sempre possuem condições financeiras de contratar advogado, ou mesmo não lhes compensa pagar caro por um advogado pelo baixo valor da causa.

Segundo o entendimento do Min. Vieira de Mello Filho, a finalidade da expressão “reclamar” utilizada pelo legislador ordinário é a de autorizar as partes a oferecerem sua demanda, bem como praticar os atos inerentes à defesa em juízo.

Ademais, a legislação autoriza as partes a acompanharem suas reclamações até o final, em todas as fases do processo no âmbito trabalhista. E, portanto, não se poderia interpretar de forma restritiva o que o legislador escreveu, no sentido de que a palavra autorizar seria apenas para permitir que as partes acompanhem seus processos como meros espectadores. Primeiro porque este último é um direito dado a qualquer interessado na demanda, e segundo porque não existem palavras inúteis na lei. E ainda, a norma não impõe restrições no sentido de que o acompanhamento a que se refere o artigo 791 se dará apenas nas instâncias ordinárias.

Comentou o veto imposto ao artigo 2º da Lei nº 10.288/01, no qual constava que poderiam advir da norma projetada prejuízos tanto para a celeridade da prestação jurisdicional quanto para o empregado, que, pela sua condição economicamente menos favorecido, poderá estar mais adiante do reconhecimento do seu direito pela via judicial cujo acesso lhe é garantido constitucionalmente.

E destacou em seu voto que caso fosse sancionada a alteração do artigo 791, como sustenta a outra corrente, ter-se-ia de interromper o processo em todas as Varas no momento em que não se desse a conciliação ou se houvesse a necessidade de produção de provas, o que vai de encontro com toda possibilidade de acesso ao Judiciário estabelecido pela ciência processual trabalhista.

O Ministro Lelio Bentes Corrêa, acompanhando o Ministro Vieira de Mello, apenas acrescentou que não era possível concluir que o art. 791 não autoriza a capacidade postulatória até o final, pois a literalidade do dispositivo revela o oposto. Além disso, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nos 1.127 e 1.105, nas quais se questionava a constitucionalidade de dispositivo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a Corte Suprema decidiu, por maioria, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucio-

nalidade da expressão “qualquer” no texto do art. 1º, inciso I, que estabelecia que “são atividades privativas da advocacia, a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais”.

E a conclusão do Supremo Tribunal Federal (STF) foi: “Não se pode impedir o acesso da população aos Juizados Especiais, à Justiça do Trabalho, e na apresentação de *habeas corpus* e ações revisionais penais que não exijam a atuação de advogados”.

Demonstrando o mesmo entendimento de que o acesso à justiça deveria ser amplo, a Ministra Dora Maria da Costa, acompanhada pelos Ministros Fernando Eizo Ono e Guilherme Augusto Caputo Bastos, votou com o relator.

Por fim, o Presidente da Sessão, Ministro Rider de Brito, manifestou-se no sentido de que o *jus postulandi* representa uma das características do processo do trabalho e que sempre lhe pareceu esta uma questão bastante pacificada.

O Presidente demonstrou entendimento de que há um dispositivo que trata da interposição do recurso por simples petição, o que vai de encontro com a tese sustentada na Corte de que é necessário tecnicismo para o ajuizamento do recurso. Era certo que a parte encontraria alguma dificuldade, mas não seria impossível. Talvez tivesse alguma desvantagem por não se utilizar de um profissional de direito, mas ainda assim ela teria o direito de preparar o seu próprio recurso. Por isso também acompanhou a divergência.

Foram vencidos os Ministros Moura França, Carlos Alberto, Horácio Senna Pires, Rosa Maria Weber, Cristina Peduzzi, que havia reformulado seu voto, para acompanhar o relator, e Maria de Assis Calsing.

Ao final da sessão, após proposta do Ministro Vantuil de que a matéria fosse submetida ao Pleno em virtude de sua relevância, decidiu-se aplicar o art. 160, § 2º c/c art. 76, IV, do regimento interno, para que, naquele feito, deixasse de ser proclamado o resultado e a matéria fosse submetida ao Tribunal Pleno, onde se decidiria “se existe ou não *jus postulandi* em grau extraordinário, isto é, perante o TST no julgamento de recurso de revista ou de embargos”.

II.3 Julgamento do Tribunal Pleno em sessão ocorrida em 13.10.09 onde foi decidida a inadmissibilidade do *jus postulandi* perante o TST

Na ocasião, sustentou perante o Tribunal Pleno, o Sr. Ophir Cavalcante Junior, como representante da OAB, nomeada *amicus curiae*, e discorreu sobre as intenções do constituinte ao tratar do amplo acesso ao Judiciário, mais precisamente sobre sua efetividade. Sustentou que as mudanças no mundo fizeram com que o processo do trabalho atingisse o tecnicismo de hoje, e que não haveria a possibilidade de as partes enfrentarem esse mecanismo. Historicamente, o Judiciário Trabalhista entendeu que caberia o *jus postulandi*, porém, até a instância ordinária.

Alegando não ter sido o *jus postulandi* recepcionado pela Constituição de 1988, o Sr. Daniel Domingues Chiodo, advogado da parte reclamada e que sustentou perante o Plenário logo em seguida, questionou se a discussão ali posta estaria ou não retirando as barreiras da justiça. De acordo com Chiodo, a exclusão do advogado da lide representa negação à ampla defesa e, portanto, pelo que não caberia o instituto de forma alguma no âmbito trabalhista.

Por maioria de votos, o Tribunal Pleno negou a prática do *jus postulandi* em matérias que se encontram tramitando na Corte Superior, prevalecendo o voto divergente apresentado pelo Ministro João Oreste Dalazen.

Em voto vencido, o relator do incidente Ministro João Batista Brito Pereira listou os três caminhos que poderiam ser tomados pela parte, quais sejam o de contratar um advogado ao preço que acertar, pedir ajuda de seu sindicato ou seguir sozinha.

Outro argumento usado por aqueles que defendem a capacidade postulatória da parte apenas até a instância ordinária baseia-se, em primeiro lugar, na igualdade das partes e, em segundo, no tecnicismo.

Apresentando inúmeras questões, o Ministro Brito Pereira indagou o porquê de se aceitar o instituto na instância ordinária e impedi-lo na extraordinária, já que a reclamação trabalhista também possui formalidades. Questionou se o acesso à justiça, assim como a isonomia entre as partes, não estaria no âmbito da tão defendida cidadania. Trata-se de igualdade também que ambas as partes possam recorrer da decisão do Tribunal Regional perante o TST, e não apenas uma delas.

Relembrou o dispositivo de projeto de lei, que resultou na Lei nº 10.288/01 e que foi vetado pelo Presidente, pois alterava a redação do artigo 791 da CLT tornando indispensável a assistência de advogado a partir da audiência de conciliação, se não houvesse acordo antes da contestação. Citou ainda a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.127, em que o Supremo excluiu a expressão “qualquer” do texto do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.096/94: “Art. 1º. São atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”, afastando também a interpretação absoluta da norma contida no artigo 133 da Constituição Federal. Em complemento, no caso das representações classistas no TST, como a Ministra Cristina Peduzzi citara anteriormente, não havia a exigência dos juízes serem formados em direito e julgavam mesmo assim. Não haveria porque condicionar à parte a assistência de advogado para postular em juízo.

No entendimento do Ministro relator, o artigo 791 é claro ao assegurar às partes, tanto empregado quanto empregador, o direito de acompanhar o processo até o final sem advogado, ou seja, sem restrição à instância ordinária. Não cabe ao intérprete restringir o alcance da norma jurídica onde o próprio legislador assim não o fez.

E afastou o argumento de que a admissão da capacidade postulatória no recurso de revista nos embargos à SBDI constituiria prejuízo à parte, que não teria conhecimentos técnicos suficientes para o atendimento dos pressupostos desses recursos. Isso porque o não conhecimento dos recursos, em face da ausência de habilitação legal, resulta-lhe prejuízo muito maior.

Ressaltou que, enquanto estiver em vigor a norma do artigo 791, a capacidade postulatória da parte deve ser admitida até ao último recurso no TST, visto que aquele trata de prerrogativa legal que alcança todos os atos do processo do trabalho.

Por fim, asseverou que a limitação à capacidade postulatória em questão implicaria grave restrição ao direito à ampla defesa, tanto quanto à cidadania, segundo a norma prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Acompanhando o voto do Ministro relator, os Ministros Lelio Bentes Corrêa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Dora Maria Costa, Fernando Eizo Ono e Márcio Eurico Vitral Amaro votaram no sentido de admitir o *jus postulandi* em instância extraordinária, no

âmbito da Justiça do Trabalho, e determinando o retorno dos autos à SBDI-1 para que prosseguisse o julgamento dos embargos interpostos.

Ressaltou o Ministro Lelio Bentes que não eram ignoradas as dificuldades que poderiam surgir para a parte ao atuar na defesa de seus interesses na instância extraordinária. No entanto, para se recusar essa legitimidade seria necessário o comando expresso em sentido contrário, seja da lei, seja da Constituição.

A CLT, ao contrário, é expressa ao assegurar tal capacidade à parte até o final da reclamação trabalhista. Porém, no entendimento do Ministro, ao afastar a capacidade postulatória no julgamento em questão, estariam os Ministros fixando o alcance da norma mediante interpretação da liminar concedida na ADI nº 1.127, o que seria absolutamente impróprio, além de surpreender a parte, que estava calcada em disposição legal expressa.

Ademais, considerou o Ministro Vieira de Mello Filho que a finalidade do dispositivo é facilitar o acesso ao Judiciário para o trabalhador, quando este não dispuser de recursos próprios para fazer-se representar por advogado. E concluiu que a questão seria deixar à conveniência do trabalhador ou empregador a escolha, tanto que a expressão utilizada pelo legislador é “poderão”.

Ele observou que o *jus postulandi* é um dos postulados mais relevantes do direito processual trabalhista, e que foi alçado à condição de ciência jurídica, com princípios próprios.

Baseando-se em tais considerações, afirmou que o conjunto de normas trabalhistas e os intérpretes e aplicadores das regras deveriam sempre primar pela maior informalidade do processo trabalhista. E, considerando-se que a lei não contém palavras inúteis, era imperioso concluir que a expressão “acompanhar” outorga poderes às partes para atuarem ativamente no processo, sob pena de esvaziar o instituto.

Ao afastar a alegação de que as partes estariam investidas da capacidade postulatória apenas na instância ordinária, Vieira de Mello sustentou que não caberia ao intérprete da norma jurídica restringir o seu alcance quando nem mesmo o legislador o fez. E relembrou o veto imposto à Lei nº 10.288, de 20/10/01, a qual alteraria a redação do artigo 791 da CLT.

Ainda a respeito da análise da literalidade do dispositivo, o eminente Ministro considerou que a indicação legislativa da expressão “até o final” significa

até o desfecho do processo, o qual se dá com a extinção ou julgamento do mérito. Caso o legislador tivesse a intenção de restringir direito das partes, o teria feito de forma expressa, como o fez nos processos sujeitos ao Juizado de Pequenas Causas, conforme citado anteriormente.

Ao final de seu voto, sustentou que o exercício do *jus postulandi* pela própria parte, na Justiça Especializada, constituía um verdadeiro corolário da tutela jurídica recebido pelo trabalhador no ordenamento legal próprio, que surgiu em todos os países do mundo como uma compensação à sua hipossuficiência.

Seria, portanto, necessária uma reforma legislativa, no lugar de uma mutação jurisprudencial, para constituição dos honorários de sucumbência, caso se entendesse pela supressão do instituto, pois a limitação não traz vantagem ao trabalhador, que se vê obrigado a utilizar parte dos seus salários e verbas rescisórias, a fim de fazer face aos honorários do advogado quando contratado.

Por outro lado, o Ministro João Oreste Dalazen, que apresentou o voto divergente sustentou que a capacidade postulatória conferida pelo artigo 791 da CLT não é absoluta por dois motivos. Primeiro porque a parte, sem a ajuda de um advogado, utiliza-se do processo para um desabafo sentimental pouco produtivo, ao contrário do advogado, que teria condições de analisar o processo de forma impessoal e poderia garantir uma melhor defesa. Segundo porque o processo é um instrumento técnico com complexidade de causas e complicação das leis escritas.

Em seus fundamentos, o Ministro Dalazen acentuou ser imperiosa a necessidade de modular-se o alcance do artigo 791, ainda mais com o advento da Lei Complementar nº 80/94, a qual organiza a Defensoria Pública da União e dispõe em seu artigo 14 que a Defensoria atuará perante as instâncias administrativas da União, Justiça Federal, Trabalhista, Militar, Eleitoral e Tribunais Superiores, tendo estes últimos preferência, assim como o Supremo Tribunal Federal.

Recordou que não se aplica o disposto no artigo 791 da CLT aos embargos de terceiro, nem mesmo à ação rescisória, esta última admitida na Justiça do Trabalho pelo artigo 836 da CLT, mas disciplinada pelo disposto no Código de Processo Civil.

E, assim como ele, o Ministro José Simpliciano Fernandes, entendeu ser uma falsa vantagem a previsão do artigo 791 na instância extraordinária.

De acordo com os Ministros que acompanharam a divergência, os recursos submetidos ao Tribunal Superior do Trabalho possuem exigências especialíssimas objetivando a uniformização de jurisprudência, e não a correção de possíveis injustiças. E, sendo assim, a expressão “até o final”, a que se refere o artigo 791 reporta-se às instâncias ordinárias.

A Ministra Maria de Assis Calsing ainda complementou em seu voto que, dada a complexidade imprimida ao processo trabalhista, o *jus postulandi* não deveria ser acolhido nem mesmo nas instâncias ordinárias.

E em sua exposição, o Ministro Maurício Godinho Delgado acrescentou que o *jus postulandi* lhe parece instrumento inadequado em sede extraordinária, sendo vontade constitucional apenas no primeiro e segundo graus. E que cabe ao Judiciário, por interpretação, corrigir os defeitos da ordem jurídica escrita.

No mesmo sentido foi o voto do Ministro José Antônio de Barros Levenhagen, que acentuou a necessidade de uma interpretação finalística da norma jurídica.

Segundo o Ministro Levenhagen, a finalidade da norma “até o final do julgamento” significa dentro da instância ordinária, visto que se instaura uma nova instância, inteiramente distinta daquela que o precedera, com o recurso de revista. Trata-se de interpretação estritamente técnica.

Reformulando o seu voto, a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi afirmou que apenas um técnico poderia manejar os instrumentos perante o judiciário. E, assim também, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, que já havia manifestado sua opinião no sentido de se admitir a capacidade postulatória das partes na instância extraordinária, no tempo em que integrou a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST. Modificou seu entendimento para que fosse utilizada uma interpretação mais abrangente do artigo 791 da CLT, concluindo pela indispensabilidade do advogado estabelecida no artigo 133 da Constituição.

Por fim, os Ministros Pedro Paulo Teixeira Manus e Guilherme Augusto Caputo Bastos ficaram vencidos em parte visto que ressalvaram em seus votos que, apesar de concordarem que a regra inserida no artigo 791 estava superada pelo tempo, esse entendimento deveria ser aplicado a partir do julgamento, o que impediria que o recorrente fosse surpreendido, pois até aquele momento ele havia exercido um direito com base no artigo 791.

Antes de proclamar o resultado, o Ministro Presidente Milton de Moura França, o qual havia sido relator dos embargos na SBDI-1, teceu algumas considerações a respeito da impossibilidade de se conceder a capacidade postulatória às partes na instância extraordinária. O Ministro citou como possibilidades de assistência judicial a Defensoria Pública, os sindicatos e o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, que prevê a assistência gratuita a ser prestada pelo Estado a todos que não tiverem condições de arcar com os custos processuais, e aí se incluem os honorários advocatícios.

Defendeu o Ministro Moura França que possibilitar o *jus postulandi* no Tribunal Superior do Trabalho não seria devido processo legal, seria ledto engano, pois não haveria igualdade entre as partes em juízo em tais condições.

EXTENSÃO DO JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A partir do julgamento relatado no capítulo anterior, o Tribunal Pleno do TST entendeu não ser possível a aplicação do instituto do *jus postulandi* em instância extraordinária.

Como principais argumentos, a corrente vencedora no julgamento alegou que os recursos perante o TST são instrumentos extremamente técnicos, não sendo possível à própria parte manejá-los de forma eficaz. Além disso, discutiram a provável revogação do instituto em face do art. 133 da CF/88 e entenderam, por fim, que o propósito do legislador ao utilizar a expressão “até o final” no art. 791 da CLT era de limitar o *jus postulandi* à instância ordinária, ou seja, permiti-lo até o fim desta.

Cabe agora, analisar cada um dos três argumentos em face do entendimento doutrinário e aspectos de relevantes para a sociedade, assim como as consequências decorrentes daquele julgamento.

III.1 O direito disponível da parte referente à assistência de advogado

O principal motivo apontado por aqueles que defendiam a inadmissibilidade do instituto foi o de que a parte, como leigo perante o processo, não goza de condições para enfrentar o tecnicismo presente nos recursos perante o TST. E ainda, que não seria possível dar a quem não é advogado a possibilidade de advogar.

Inferre-se dos princípios da disponibilidade e da indisponibilidade ser o poder dispositivo aquele que concede autonomia às pessoas para exercer ou não seus direitos. Mais precisamente, o princípio da disponibilidade permite à parte realizar determinado ato processual de acordo com a própria conveniência, estando limitado apenas nos casos em que deve prevalecer o interesse público sobre o privado, tratando-se de direito indisponível.¹

¹ CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66.

No âmbito do direito do trabalho existe uma proteção especial às relações de trabalho, o que motiva a indisponibilidade de certos direitos trabalhistas. Contudo, mostra-se necessário relativizar esse protecionismo em determinados casos.

Cabe aqui destacar o entendimento do professor Amauri Mascaro a respeito dessa garantia aduzida em prol do empregado, *in verbis*:

Dispomos da palavra *garantia* para designar a mesma idéia, [...] que pressupõe a substituição da capacidade de alguém de deliberar sobre o que é melhor para si próprio pela determinação de outra pessoa supostamente em melhores condições de resolver, o que é indesejável, forma de despotismo iluminado que não pode ser aceita.²

Em julgamento do Recurso de Revista (RR) nº 179900-66.2004.5.05.0024, o Ministro Barros Levenhagen destacou a possibilidade de relativização da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, caracterizando-se, normalmente, como indisponíveis apenas aqueles direitos atinentes à higiene, segurança e medicina do trabalho.³

Diante das considerações, seria de rigor permitir à própria parte resolver se será ou não assistida por advogado em seu processo, bem como se possui condições ou não de manejar recurso perante aquela Corte Superior, visto que não cabe ao Judiciário deliberar sobre o procedimento que considera ser mais benéfico, por não se tratar aqui de direito indisponível.

III.2 Vigência do artigo 791 da CLT em face do artigo 133 da Constituição Federal

Outra questão alegada pela corrente prevalente no julgamento foi a de que o artigo 791 da CLT não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988.

Com efeito, muito já havia se discutido a respeito da revogação ou não do instituto após a promulgação da CF/88, que versa em seu artigo 133 sobre a indispensabilidade do advogado quanto à administração da justiça, *in verbis*:

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 179900-66.2004.5.05.0024**. 4ª Turma. Relator: Min. Antônio José de Barros Levenhagen. Brasília, DF, 03 jun. 2009. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** de 19.06.2009.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Em sua sustentação, o advogado Ophir Cavalcante Jr., representante da OAB, ainda questionou a possibilidade de se pensar em um processo sem a presença de um advogado. E afirmou que a intenção da OAB era ter um processo isonômico, um processo equilibrado.

Contudo, como bem salientou Floriano Corrêa⁵¹ em seu artigo para a Revista LTr, faz-se necessária uma interpretação sistemática da Constituição, levando-se em consideração a sua integralidade, sem restringir o exame a um artigo apenas.

De acordo com ele, é preciso levar em consideração os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito constitucional de ação. E asseverou ainda que o direito constitucional à cidadania não se limita ao plano jurídico, configurando a plena cidadania apenas quando esta última “atinge as várias dimensões: a jurídica, a política, a social, a econômica e a cultural”⁴.

Sobre o mesmo tema, o então Ministro do TST, Orlando Teixeira da Costa discorreu acerca da correta interpretação do artigo 133 da CF/88, *in verbis*:

Claro, pois, que o art. 133 da nova Constituição, apenas transferiu para o seu texto a expressão de uma teoria já consagrada pela legislação ordinária, ou seja, a que encara como de direito público a natureza da advocacia, sem que isso importe em criar um injustificável monopólio do seu exercício, que se instituiria contra os fins sociais da Constituição e as exigências do bem comum.

E concluiu:

Tanto isso é verdade, que o Estatuto da OAB, que consagrou a teoria publicista, sempre conviveu, como vai conviver com a atual Carta Magna, com o **jus postulandi** da parte, encarado como exceção à regra geral da obrigatoriedade da presença do advogado.

[...] A administração da justiça deve contar, constantemente com a colaboração valiosa dos advogados, mas essa colaboração não pode ser interpretada de tal modo que, em

⁴ Ibidem. p. 53-55.

benefício desse privilégio, se postergue direito mais fundamental, qual seja, aquele reconhecido a todo o cidadão de recorrer ao Poder Judiciário.⁵

Extraí-se do trecho transcrito que Orlando Teixeira, ao interpretar o artigo 133 da Constituição, entendeu ser reservado a esses profissionais uma condição de servidores da justiça, e não de monopólio para que se tenha acesso a ela e considerou ser compatível o *jus postulandi* com o texto constitucional.

Orlando Teixeira, assim como Floriano Corrêa, ressaltou a importância da atuação do advogado a que se refere o artigo 133, mas entendeu que não fora concedido a este o caráter de exclusividade. Isso porque tal entendimento acarretaria a sua prevalência sobre o bem comum e os fins sociais da Constituição Federal.

A discussão que trata da revogação ou não do artigo 133 da Constituição traz à baila outras duas questões importantes: a revogação dos demais dispositivos de processo civil e penal, que também concedem às partes capacidade para postular em juízo sem o patrocínio de advogado, e o pagamento de honorários advocatícios no âmbito da justiça do trabalho, o que engloba tanto a assistência judiciária quanto a gratuidade de justiça. A respeito dos honorários, serão tratados em tópico especial mais adiante.

No que tange à revogação dos demais dispositivos que prevêem a capacidade postulatória para as próprias partes, não seria possível entender que o art. 133 da Constituição revogaria apenas a previsão contida na CLT, mantendo a aplicação do restante.

Cite-se como exemplo o artigo 654 do Código de Processo Penal⁶, que dispõe sobre o *habeas corpus*, assim como o artigo 9º da Lei nº 9.099/95⁷, o qual estabelece que as partes poderão comparecer pessoalmente ou assistidas por advogado, nas causas de até vinte salários mínimos. Ambos continuam em plena vigência em nosso ordenamento, pelo que se poderia concluir que assim também ocorre com o artigo 791 da CLT.

⁵ COSTA, Orlando Teixeira da. O advogado e a administração da justiça segundo a Constituição de 1988. **Revista LTr**, São Paulo, v. 53, n 3, p. 269 -270, 1989.

⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

⁷ Idem. Lei nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial** de 27.09.1995, P. 15033.

Outra questão relevante foi posta pelo Ministro Brito Pereira em seu voto, citado no capítulo 2, no qual mencionou o julgamento da ADI nº 1.127 MC⁸, em que o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado a favor da preservação do *jus postulandi* na justiça do trabalho.

Em complementação, o Ministro Lelio Bentes Corrêa concluiu em seu voto que as razões de decidir do STF estão relacionadas ao entendimento de que a Constituição veda é a proibição de acesso ao advogado, ou seja, a atuação da advocacia deve sempre ser permitida. Desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível ao legislador dispensar a participação do advogado em determinadas causas, de acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence.

Em julgamento da Medida Cautelar (MC) na ADI nº 1.127, o Tribunal Pleno do STF suspendeu a eficácia até a decisão final do artigo 1º, inciso I da Lei nº 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual previa que as postulações perante os órgãos do Poder Judiciário e Juizados Especiais fossem privativas de advogado.

O Plenário do STF entendeu pela inaplicabilidade do citado dispositivo aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. E, posteriormente, quando do julgamento do mérito da ADI nº 1.127⁹, esse entendimento foi confirmado, julgando-a procedente em relação ao artigo 1º, inciso I da Lei nº 8.096/94, relativamente à expressão “qualquer”.

No caso descrito, o Min. Paulo Brossard, relator no julgamento da Medida Cautelar, ao citar o exemplo do *habeas corpus*, assinalou a necessidade de se manter também a possibilidade da parte postular na Justiça do Trabalho sem o patrocínio de advogado:

Também na Justiça do Trabalho se dá algo semelhante. Com ela nasceu o direito do empregado formular pessoalmente sua reclamatória; registrada por funcionário em uma folha

⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ementa: [...]. **ADI nº 1.127-8 MC**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 06 out. 94. **Diário de Justiça** de 29.06.01.

⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ementa: [...]. **ADI nº 1.127-8**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 mai. 06. Acórdão pendente de publicação. Decisão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=100&dataPublicacaoDj=26/05/2006&incidente=1597992&codCapitulo=2&numMateria=13&codMateria=3>> Acesso em: 10 mar. 2010.

de papel, tem início o processo; ainda hoje, a despeito do número crescente de advogados, é elevado o número de reclamações apresentadas pelo operário, sem a intermediação de quer quer [sic] que seja.

E, ao final de seu voto, o Min. Paulo Brossard concluiu que nada justificaria obstar a mais eficaz experiência de se ampliar o acesso à justiça e lhe dar maior celeridade, princípios estes previstos na Constituição.

Ao comentar o dispositivo do Estatuto da Ordem, Valentim Carrion, fez importante defesa do *jus postulandi*:

O Estatuto da Advocacia pretendeu tornar privativa dos causídicos a postulação perante qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive os Juizados Especiais.

O texto estarreceu o país, corporativista, atraiu contra si a opinião pública e proporcionou a prevalência da interpretação contrária: o *Jus Postulandi* permanece; o Estatuto quis atingir até o que há de mais moderno, inovador e social na administração de Justiça do Brasil, os Juizados de Pequenas Causas

[...].¹⁰

Ainda sobre o julgamento da ADI, o renomado jurista Júlio César Bebbber manifestou-se no sentido de que uma vez admitido o *jus postulandi* no ordenamento jurídico brasileiro, esta se aplicaria a todas as fases recursais, exceto a do Recurso Extraordinário, por não exceder à esfera trabalhista.¹¹

O mesmo intuito de preservar os princípios da celeridade processual, do acesso à justiça e do *jus postulandi*, pôde ser observado no veto apresentado pelo Presidente da República ao artigo 2º da Lei nº 10.288/01¹², no qual se pretendia alterar a disposição do artigo 791 da CLT e tornar indispensável a assistência do advogado a partir da audiência de conciliação, nos casos em que não houvesse acordo antes da contestação.

¹⁰ CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 601.

¹¹ BEBBBER, Júlio César. **Nova competência da justiça do trabalho e regras processuais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/JusTrabalho.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2010.

¹² BRASIL. Lei nº 10.288, de 20.09.01. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre o *jus postulandi*, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista. **Diário Oficial da União** de 21.09.01, P. 1.

A mensagem nº 1.013/2001, que trazia as razões de veto, esclarecia que, em se tratando de ação trabalhista, em que a audiência inicial é una, ou o reclamante necessitaria comparecer acompanhado de advogado desde logo, ou, caso não houvesse acordo, seria preciso suspender a audiência para que aquele possa buscar o patrocínio de algum advogado. E observou, por fim, que a norma a que se pretendia sancionar resultaria em prejuízos, quer para a celeridade da prestação jurisdicional, quer para o empregado.¹³

Desse modo, não se poderia revogar o instituto do *jus postulandi* já que o legislador assim não o fez quando houve oportunidade.

III.3 O exercício do *jus postulandi* perante o TST

Por fim, os Ministros afirmaram não ser cabível o *jus postulandi* naquela instância extraordinária. Através de interpretação finalística da norma, concluíram pela limitação do direito à instância ordinária.

Considerando-se que a norma prevista no artigo 791 da CLT foi expressa ao conceder às partes capacidade postulatória até o fim, não cabe ao intérprete limitar o direito de modo menos favorável aos litigantes.

Como bem assentado por Carlos Maximiliano:

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: “Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.”

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.¹⁴

¹³ Idem. Mensagem nº 1.013, de 20.09.01. Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1o do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 3.434, de 1992 (no 81/94 no Senado Federal), que “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre o *jus postulandi*, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista”. **Diário Oficial da União** de 20.09.01, P. 3.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 201.

Com efeito, o legislador, ao editar a norma do artigo 791 da CLT, não fez qualquer restrição à instância na qual se admitiria a capacidade postulatória às próprias partes. Pelo contrário, ele foi claro ao utilizar a expressão “até o final”.

Sinale-se ainda que, mesmo dentre aqueles que acompanharam o voto divergente no julgamento do incidente, considerou-se a hipótese de inviabilizar a aplicação do *jus postulandi* perante o TST aos processos ajuizados a partir da publicação daquela decisão, sem afetar aqueles que já estavam em trâmite.

O Ministro Caputo Bastos, que apresentou a ressalva em seu voto, destacou que até então, a parte havia se baseado em um dispositivo legal, e ainda de aplicação plena, para interpor o recurso perante o TST sem o patrocínio de advogado. Assim, a imposição retroativa da decisão causaria um prejuízo irreparável à parte.

No caso em questão, observou-se que os embargos a serem julgados pela SBDI-1, a princípio, atendiam às formalidades necessárias para a sua admissão, ou seja, tratava-se de recurso com grandes chances de provimento.

Tal entendimento parece ser razoável, visto que o não conhecimento, de plano, do recurso interposto pelo reclamante lhe resultaria maior prejuízo do que o entendimento em que se fundamenta a inadmissão do *jus postulandi* pela falta de conhecimentos técnicos, como bem assinalou o Min. Brito Pereira em seu voto.

Ademais, o Min. Brito Pereira lembrou que, assim como o recurso de revista e os embargos à SBDI, o recurso ordinário possui exigências formais, as quais devem ser observadas pela parte que se utiliza da capacidade postulatória.

No julgamento desse incidente pelo Tribunal Pleno do TST, a corrente que defendia o *jus postulandi* baseou-se no fato de que o artigo 791 da CLT ainda está em vigor, pelo que deveria ser aplicado de forma plena, ou seja, até o último recurso perante o TST. Isso porque a sua limitação implica grave restrição ao direito de defesa.

III.4 Honorários de sucumbência no âmbito trabalhista

Já em relação aos honorários advocatícios, o problema encontra-se na jurisprudência firmada no âmbito da justiça do trabalho, visto que aqueles são devidos apenas quando preenchidos determinados requisitos. Isso porque não vigora da Justiça do Trabalho o princípio da sucumbência.

A Lei nº 5.584/70¹⁵ veio para disciplinar a concessão da assistência judiciária prevista pela Lei nº 1.060/50¹⁶. Aquela, através de seu artigo 14, dispõe que a assistência judiciária prevista nesta última será prestada pelo sindicato da categoria do reclamante e, na falta deste, por promotor ou defensor público, ou seja, pelo Estado. E estabelece ainda a necessidade de apresentação de comprovante de que o reclamante perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declaração de hipossuficiência econômica.

Sendo assim, em sede trabalhista, a concessão dos honorários advocatícios deve obedecer ao limite de 15% sobre o valor da condenação, além de estar sujeita à ocorrência concomitante destes dois requisitos, quais sejam declaração de insuficiência financeira e assistência pelo sindicato da categoria do reclamante¹⁷. É o que se infere da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1¹⁸, confirmada pelas Súmulas nos 219 e 329, todas do TST.

Os sindicatos, por outro lado, nem sempre prestam a devida assistência, seja pela volumosa quantidade de demanda processual sob sua responsabilidade, seja por ineficiência e descaso. O que, de qualquer modo, leva a parte à

¹⁵ BRASIL. Lei nº 5.584, de 26.06.70. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 29.06.70.

“Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

¹⁶ Idem. Lei nº 1.060, de 05.02.50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União** de 13.02.50.

¹⁷ Vide, entre outros: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A condenação em honorários advocatícios pautou-se tão-somente no fato de a autora ser beneficiária da Justiça gratuita e não poder arcar com as despesas resultantes do processo, sem prejuízo próprio e de sua família. Questão pacificada nesta Corte, no sentido de a benesse atrelar-se, de forma simultânea, à concessão da Justiça gratuita e da assistência sindical. Exegese que se extrai das Súmulas nºs 219 e 329 do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. **RR nº 49800-73.2006.5.04.0802**. 7ª Turma. Relator: Min. Pedro Paulo Manus. Brasília, DF, 20 mai. 09. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** de 22.05.09.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1. Honorários advocatícios. Requisitos. Justiça do Trabalho. **Orientações Jurisprudenciais**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_h_tml_atual.html>. Acesso em: 06 jan. 2010.

tão argüida inferioridade processual, às vezes mais acentuada do que se estivesse postulando sem representação alguma.

Isso sem levar em conta a responsabilidade do Estado em prestar a assistência necessária. Não se pode sustentar a impossibilidade de admissão do *jus postulandi* à parte sob a alegação de que lhe é concedida assistência de profissional habilitado por parte do Estado, principalmente quando é sabido que se mostra ineficaz na maioria das vezes.

Necessário, pois, corrigir primeiramente os problemas que envolvem a assistência judiciária prestada pelo Estado, e a partir daí se pensar na extinção do instituto.

O mais prejudicado, porém, é o reclamante hipossuficiente, ao qual resta apenas a penosa alternativa de ingressar no Judiciário e dispor de parcela do seu crédito para arcar com a contratação de advogado, objetivando o recebimento por um serviço que já realizou.

Ademais, conforme asseverou o Min. Vieira de Mello em seu voto no julgamento do E-AIRR e RR nº 85.581/03.5, a limitação do princípio do *jus postulandi* mostra-se impossibilitada, nem tanto pelos honorários de sucumbência, que necessariamente deveriam ser considerados na discussão, mas pela necessidade de realizá-la por meio de uma reforma legislativa.

Na ocasião, o Ministro demonstrou entendimento de ser imperioso que se cogite uma reforma plena, no lugar de uma mutação jurisprudencial, como se propunham aqueles que sustentavam o desequilíbrio do recurso em que a parte não gozasse de aptidão para estar em juízo.

É o que se infere também do voto do Ministro Ursulino Santos no julgamento unânime, quanto aos honorários advocatícios, do Recurso de Revista nº 65.070/92.7, cuja ementa está transcrita abaixo:

Honorários advocatícios. A Constituição Federal, em seu artigo 133, apesar de mencionar que o advogado é indispensável à administração da Justiça, não quis acabar com o *Jus Postulandi* admitido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Este, para ser revogado, necessita de lei específica

que aborde a questão, sob a proteção dos princípios trabalhistas.¹⁹

Em julgamento recente da 6ª Turma, o Ministro Aloysio excluiu da condenação imposta pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região o pagamento de honorários advocatícios. Asseverou que o artigo 791 fora recepcionado pelo atual texto constitucional, permitindo ao empregado postular sua pretensão. Segue abaixo a ementa:

[...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O pagamento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho não decorre da legislação contida no Código Civil (artigos 384 e 404), mas da observância dos seguintes requisitos: assistência da parte pelo sindicato representativo de sua categoria profissional e percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou estar em situação que não lhe permita demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Exegese da Súmula nº 219. Recurso de revista conhecido e provido.²⁰

Sendo assim, é necessário reconsiderar o pagamento de honorários sucumbenciais na justiça do trabalho diante da impossibilidade da parte de exercer o *jus postulandi* perante o TST.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 65.070/92.7**. 1ª Turma. Relator: Min. Lourenço Prado. Relator para acórdão: Min. Ursulino Santos. Brasília, DF, 16 set.

²⁰ **Diário de Justiça da União** de 19.11.1993, p. 24.753. 68 Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 167600-51.2007.5.15.0101**. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, DF, 17 mar. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** de 30.03.2010.

CONCLUSÃO

O *jus postulandi*, como norma prevista na Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 791, ainda possui plena vigência em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, a sua revogação, assim como o seu alcance, já foi objeto de muitas discussões quer no âmbito da Justiça do Trabalho, quer perante o Supremo Tribunal Federal. Foi a partir da promulgação da CF/88, mais especificamente, que a capacidade postulatória das partes em alguns casos tornou-se questionável em face do artigo 133 da nova Constituição.

No caso estudado, o julgamento de Embargos à SBDI-1 resultou incidente de uniformização de jurisprudência analisado pelo Tribunal Pleno do TST.

Prevalendo o voto divergente apresentado pelo Min. João Oreste Dalazen, o Tribunal Pleno entendeu não ser cabível o instituto do *jus postulandi* perante aquela Corte Superior, sendo admitido às partes postular sem o patrocínio de advogado apenas até o Tribunal Regional.

Entretanto, a partir da análise do julgamento do Pleno do TST, percebeu-se que o entendimento majoritário não considerou as conseqüências decorrentes da extinção do *jus postulandi*, ainda que o seja apenas perante aquela Corte Superior.

Verifica-se, pois, a deficiência na assistência judiciária a que teria direito a parte. Caso não tenha condições de contratar advogado, a parte se vê desamparada.

Por outro lado, decidindo contratar um profissional, é obrigada a utilizar parte de seu crédito para arcar com o custo, pela inexistência dos honorários de sucumbência no âmbito trabalhista, justamente pela previsão do *jus postulandi*.

Não existe aqui a intenção de desvalorizar a atuação dos profissionais de advocacia, já que estes são sim indispensáveis à administração da justiça. Fato este que não os autoriza a monopolizar o direito de ação.

Assim, com as discussões demonstradas nesse trabalho, permite-se considerar que a melhor interpretação do artigo 791 da CLT deveria ser no sentido de que a expressão “até o final” abrange o Tribunal Superior do Trabalho, sendo necessária a assistência de advogado apenas no caso em que se decidir recorrer ao Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que tal entendimento não ignora o fato de que a parte não assistida por advogado pode tornar-se mais vulnerável diante de outra acompanhada por um profissional. Contudo, a solução não está na extinção do *jus postulandi*, por tratar-se de princípio constitucional: a garantia de acesso à justiça, cabendo à própria parte escolher o caminho a seguir.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho, volume 1**. 8. ed. São Paulo: LTr, 1997.

ASSIS, Araken de. **Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória: doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007.

BEBBER, Júlio César. **Nova competência da justiça do trabalho e regras processuais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/JusTrabalho.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. **Princípios do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado**. Antonio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União** de 11.01.2002, P. 1.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11.01.1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial** de 17.01.1973, P. 1.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial** de 05.10.1988, P. 1.

_____. Decreto nº 5.696, de 12.12.1940. Aprova o regulamento da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União** de 04.01.1941, Seção 1, p. 147.

_____. **Decreto-Lei nº 1.237, de 02.05.1939.** Organiza a Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1237.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial** de 13.01.1994.

_____. Lei nº 1.060, de 05.02.50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União** de 13.02.50.

_____. Lei nº 10.288, de 20.09.01. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre o jus postulandi, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista. **Diário Oficial da União** de 21.09.01, P. 1.

_____. Lei nº 5.584, de 26.06.70. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 29.06.70.

_____. Lei nº 8.906, de 04.07.1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial** de 05.07.1994, P. 10093.

_____. Lei nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial** de 27.09.1995, P. 15033.

_____. Mensagem nº 1.013, de 20.09.01. Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 3.434, de 1992 (no 81/94 no Senado Federal), que “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre o jus postulandi, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista”. **Diário Oficial da União** de 20.09.01, P. 3.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ementa: [...]. **ADI nº 1.127- 8.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 mai. 06. Acórdão pendente de publicação. Decisão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=100&dataPublicacaoDj=26/05/2006&incidente=1597992&codCapitulo=2&numMateria=13&codMateria=3>> Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ementa: [...]. **ADI nº 1.127-8 MC.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 06 out. 94. **Diário de Justiça** de 29.06.01.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ementa: [...]. **ADI nº 1.127-8 MC**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 06 out. 94. DJ de 29.06.01.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. **E- AIRR e RR nº 8558100-81.2003.5.02.0900**. Tribunal Pleno. Embargantes: Luiz Véspoli Sobrinho e Fox Filme do Brasil e outros. Embargados: os mesmos. Relator: Min. João Batista de Brito Pereira. Relator para acórdão: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 13 out. 2009. Acórdão pendente de publicação. Notas taquigráficas: anexo A.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1. Honorários advocatícios. Requisitos. Justiça do Trabalho. **Orientações Jurisprudenciais**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livro_html_atual.html>. Acesso em: 06 jan. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 65.070/92.7**. 1ª Turma. Relator: Min. Lourenço Prado. Relator para acórdão: Min. Ursulino Santos. Brasília, DF, 16 set. 93. **Diário de Justiça da União** de 19.11.1993, p. 24.753.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 167600-51.2007.5.15.0101**. 6ª Turma. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, DF, 17 mar. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** de 30.03.2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 179900-66.2004.5.05.0024**. 4ª Turma. Relator: Min. Antônio José de Barros Levenhagen. Brasília, DF, 03 jun. 2009. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** de 19.06.2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Ementa: [...]. **RR nº 49800-73.2006.5.04.0802**. 7ª Turma. Relator: Min. Pedro Paulo Manus. Brasília, DF, 20 mai. 09. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** de 22.05.09.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SBDI -2). **Súmulas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html>. Acesso em: 06 jan. 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 329. Honorários advocatícios. Art. 133 da CF/1988 (mantida). **Súmulas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html>. Acesso em: 06 jan. 2010.

CARNELUTTI, Francesco. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHO E SILVA FILHO, Jorge Moacyr de. **“Jus Postulandi” no direito do trabalho: benefício ou malefício.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/19463/1/jus-postulandi-no-direito-do-trabalho-beneficio-ou-maleficio/pagina1.html>> Acesso em: 02 nov. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Orlando Teixeira da. O advogado e a administração da justiça segundo a Constituição de 1988. **Revista LTr**, São Paulo, 1989.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil, volume 1.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LEMONS, Silvio Henrique. **O jus postulandi como meio de assegurar a garantia fundamental de acesso à justiça.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12096&p=1>> Acesso em: 05 abr. 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile.** Reimpressão da 2. ed. Milão, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de direito privado.** São Paulo, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho.** 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

NERY JR, Nelson; Rosa Maria Nery. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante.** 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

PAIVA, Mário. **O advogado versus jus postulandi.** Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=4555277&dou=1> Acesso em: 28 jan. 2010.

ROCCO, Ugo. **Tratado di diritto procesuale civile**. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957.

SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Barcelona, 1950.

SILVA, Antônio Álvares da. Jus Postulandi. **Revista Ciência Jurídica do Trabalho**, Belo Horizonte, nov./dez. 2007.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. O acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário: o jus postulandi, no processo do trabalho, em face da Constituição brasileira de 1988 – (o princípio da norma favorável). **Revista LTr**, São Paulo: LTr São Paulo, 1989.

SILVA, Ovídio Batista da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ISBN 978-85-61990-19-0

